

UiO : **Det juridiske fakultet**

EØS-rettslige grenser for minstelønn til utsendte arbeidstakere i Norge

Kandidatnummer: 517

Leveringsfrist: 25. april 2015

Antall ord: 17 738



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Introduksjon til tema	1
1.2	Definisjoner.....	2
1.3	Presisering og avgrensning av tema.....	3
1.4	Avhandlingens struktur	4
2	RETTSKILDESITUASJONEN.....	4
2.1	EU/EØS-rettskilder	5
2.1.1	EØS-avtalen.....	5
2.1.2	Utsendingsdirektivet. Generelt om direktiver	5
2.1.3	EU-domstolens praksis	7
2.1.4	EFTA-domstolens praksis	7
2.1.5	Praksis i EFTAs overvåkningsorgan	8
2.2	Nasjonale rettskilder	8
3	SENTRALE RETTSREGLER	9
3.1	EØS-rett	9
3.1.1	EØS-avtalen og de fire friheter.....	9
3.1.2	Fri bevegelighet for tjenester.....	10
3.1.3	Læren om tvingende allmenne hensyn	11
3.1.4	Utsendingsdirektivet.....	12
3.2	Norske regler.....	16
3.2.1	Allmenngjøringsloven	16
3.2.2	Arbeidsmiljøloven	19
3.2.3	Utsendingsforskriften	20
4	EØS-RETTSLIGE GRENSER.....	20
4.1	Generelt.....	20
4.2	Minstelønnsdefinisjonen	20
4.2.1	Innledning	20
4.2.2	« <i>Minimum rates of pay</i> »	21
4.2.3	Overtidsbetaling. Avgrensning mot yrkesbasert tilleggspensjon	23
4.2.4	« <i>Allowances specific to the posting</i> » mv.	24
4.2.5	Andre kriterier	26

4.2.6	Oppsummering	29
4.3	Har EØS-avtalens art. 36 anvendelse for innholdet av minstelønnen?.....	29
4.3.1	Problemstilling.....	29
4.3.2	EU-domstolens rettspraksis	30
4.3.3	Verftssaken	33
4.3.4	Andre argumenter	36
4.3.5	Oppsummering	38
4.4	Begrensningene etter art. 36.....	39
4.4.1	Restriksjonsbegrepet.....	39
4.4.2	Allmenne hensyn	40
4.4.3	Proporsjonalitet.....	42
4.4.4	Oppsummering	45
5	KONKLUSJON.....	46
	LITTERATURLISTE.....	48
	Juridisk teori.....	48
	Lov og forarbeidsregister	49
	Domsregister	51
	Andre kilder.....	52

1 Innledning

1.1 Introduksjon til tema

Den overordnede problemstillingen i denne avhandlingen er hvilke begrensninger EØS-retten medfører for hva som kan utgjøre minstelønn for arbeidstakere utsendt til Norge i forbindelse med tjenesteytelse over landegrensene innenfor EØS.

Det har vært omfattende diskusjon i Norge og Europa for øvrig om hvorvidt EU og EØS-avtalen¹ utgjør en fare for sosial dumping og svekkelse av arbeidstakers arbeids- og lønnsvilkår. Bekymringer om dette har vært særlig utbredt siden 2004, som følge av utvidelsen av EU med nye medlemsland i øst. Disse landene kan tilby billigere arbeidskraft enn mange land i nord og vest, noe som kan anses som en trussel mot arbeidstakers vilkår i de sistnevnte landene.² Særlig har reglene i EU og EØS³ om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteytelse over landegrensene vært omstridte. Ikke minst gjelder dette EU-domstolens tolkning av Direktivet av 1996 om utsending av arbeidstakere⁴, som også kan hevdes å ha medført mye usikkerhet om rettstilstanden på området.⁵

Debattene om disse spørsmålene belyser flere motsetningsforhold. For det første kan formålet om færrest mulig hindringer for handel over landegrensene innenfor EØS, komme i konflikt med hensynet til sosial beskyttelse av arbeidstakere i de enkelte landene.⁶ For det andre kan virksomheter og deres arbeidstakere i lavkostnadsland i det østlige og sørlige Europa ha interesse av å eksportere sin arbeidskraft til mer velstående EØS-land. Dette kan stå i motsetning til disse landenes ønske om å verne om sine innenlandske arbeidsmarked og arbeidsvilkår.⁷ For det tredje kan arbeidsgiverinteresser og arbeidstakerinteresser i det enkelte landet peke i ulik retning.⁸ For det fjerde kan problematikken synliggjøre motsetninger i verdier og prioriteringer mellom myndighetsorganer i EU/EØS og nasjonale myndigheter, for eksempel mellom nasjonale domstoler og domstoler på EU/EØS-nivå.⁹

Problemstillingen er valgt på bakgrunn av den overordnede problematikken omstridte og motsetningsfylte karakter. I tillegg kan tematikken sies å ha vesentlig betydning for Norge og

¹ Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 1. januar 1994.

² NOU 2012:2, s. 456.

³ Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet.

⁴ EP/Cdir 96/71/EC. Norsk oversettelse i Ot.Prp.nr.13 (1999-2000) vedlegg 1.

⁵ Belyst i Evju (2009) s. 265-270.

⁶ Barnard (2014) s. 3-4.

⁷ Se NOU 2012:2, s. 456, 459-460.

⁸ Som i verftssaken (Rt. 2013 s. 258) hvor LO og NHO sto på hver sin side.

⁹ Eksemplifisert i verftssaken ved uenighetene mellom Høyesterett og EFTA-domstolen.

Europa for øvrig, da arbeidsvilkår er svært viktig for en stor andel mennesker. Rettstilstanden på området har også i betydelig grad vært preget av usikkerhet, og byr på flere krevende problemstillinger. Dette bidro til at temaet framsto interessant å skrive om. Lønn er utvalgt blant øvrige arbeidsvilkår, ettersom dette er et særlig betydningsfullt vilkår for arbeidstakeren: Hovedgrunnen til å søke arbeid er naturlig nok å tjene til livets opphold. Avhandlingen er nærmere avgrenset til minstelønn fordi dette er et av områdene hvor EØS-statene skal gjøre sine nasjonale bestemmelser gjeldende for utsendte arbeidstakere på deres territorium. I tillegg har grensene for dette begrepet vært et av områdene hvor usikkerheten har vært betydelig, og det foreligger en omfattende rettspraksis på dette punktet.

EU-rettslige tekster finnes på alle de offisielle språkene i EU, og alle språkversjonene har formelt samme gyldighet.¹⁰ Der det i avhandlingen siteres fra EUs regelverk og rettspraksis, benyttes den engelske språkversjonen.¹¹ Dette er hovedsakelig et spørsmål om personlig preferanse.¹²

1.2 Definisjoner

En utsendt arbeidstaker er i henhold til utsendingsdirektivet art. 2 nr. 1 en arbeidstaker som i et begrenset tidsrom utfører arbeid i et annet EØS-land enn der vedkommende vanligvis arbeider.¹³

Definisjonen av arbeidstaker er ifølge utsendingsdirektivets art. 2 nr. 2 overlatt til nasjonal rett. Arbeidstaker er i Norge definert som «enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste», jf. arbeidsmiljøloven¹⁴ § 1-8 annet ledd.

EØS-landene forstås som alle landene i det europeiske økonomiske samarbeidsområdet – det vil si både medlemslandene i EU og de EFTA-statene som er tilsluttet EØS-avtalen. Med EØS-rett menes den retten som i henhold til EØS-avtalen er bindende for de EFTA-landene som er parter i avtalen.

Begrepet sosial dumping står sentralt i debatter om den foreliggende tematikken, men har ingen allment akseptert definisjon. Det er heller ikke et rettslig begrep, verken i EØS-retten eller intern norsk rett.¹⁵ Begrepet har blitt forsøkt definert i norske forarbeider.¹⁶ I forbindelse med

¹⁰ Sejersted i Sejersted mfl. (s. 44-45).

¹¹ Andre henvises bare til dersom avvik i formuleringene kan være relevante for meningen.

¹² Riktignok er dansk likere norsk, men det kan antas at en stor andel nordmenn behersker engelsk vel så godt. (I tillegg kan danske kommaregler være uvante for en norsk leser.)

¹³ Direktivets anvendelsesområde omtales nedenfor i 3.1.4.

¹⁴ Lov 17 juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

¹⁵ Thorkildsen (2014) s. 266.

utvidelsen av EØS i 2004, ble begrepet forstått særlig å vise til at «utenlandske arbeidstakere som utfører arbeid for eksempel i Norge, får vesentlig dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn norske arbeidstakere».¹⁷ Sosial dumping viser altså til en sammenlikning mellom nasjonale og utenlandske arbeidstakers situasjon i et land, hvor de utenlandske arbeidstakerne har mindre gunstige forhold. Flere er av den oppfatning at ikke enhver forskjell utgjør sosial dumping, men at det kreves at avviket mellom innenlandske og utenlandske arbeidstakers forhold er tilstrekkelig kvalifisert.¹⁸ Det er imidlertid ikke nødvendig å legge til grunn en presis og entydig definisjon av begrepet.

Lønn er ikke klart og entydig definert i norsk rett. Det kan vise til pengeytelser, naturalytelser eller en blanding av disse.¹⁹ Generelt er lønn nærmere bestemte ytelser som en arbeidsgiver er forpliktet til å betale sin arbeidstaker på grunnlag av ansettelsesforholdet dem i mellom. Det vil gjerne dreie seg om vederlag for arbeid. Imidlertid kan en arbeidstaker i en del tilfeller ha krav på lønn selv om det ikke blir utført noe arbeid, for eksempel under sykefravær.²⁰

Minstelønn viser som et utgangspunkt til et lønnsnivå som en arbeidstaker *minst* har krav på etter regler som er bindende for arbeidsgiveren. Det vil si at det ikke er adgang til å avtale lavere lønn enn dette. Minstelønnsbestemmelser kan finnes i lov eller tariffavtale. Minstelønnsbestemmelser i en tariffavtale kan også være gitt utvidet virkning gjennom en prosedyre for allmenngjøring. Dette innebærer vanligvis at den får anvendelse for alle arbeidstakere i den bransjen eller yrkesgruppen som faller innenfor virkeområdet.²¹ I Norge er det ingen lovfestet allmenn minstelønn. Lønnsfastsettelsen har her generelt vært overlatt til kollektive forhandlinger mellom partene i arbeidslivet.²²

1.3 Presisering og avgrensning av tema

Avhandlingen er nærmere avgrenset til begrensninger som følger av utsendingsdirektivet og de grunnleggende reglene i EØS om fri bevegelighet for tjenester.²³ Det vil bli undersøkt hvilke begrensninger som følger av disse reglene for hva som kan utgjøre minstelønn for utsendte arbeidstakere på norsk territorium. Dette omfatter for det første grenser for hva slags ytelser som defineres som minstelønn, og for det andre grenser for nivået av lønnen.

¹⁶ Thorkildsen (2014) s. 268.

¹⁷ Ot.prp.nr.77 (2003–2004) s. 7.

¹⁸ Thorkildsen (2014) s. 276. Evju (2010) s. 314.

¹⁹ Jakhell (2007) s. 325.

²⁰ Jakhell (2007) s. 326.

²¹ Alsos (2014) s. 250.

²² Alsos (2014) s. 249.

²³ Se EØS-avtalens del III kap. 3.

Rettsvirkningene av at disse grensene overtres, vil ikke behandles.

Spørsmål om hvilke begrensninger EØS-retten innebærer for kollektive forhandlinger og arbeidskamp, faller også utenfor problemstillingen.²⁴

Videre faller forholdet mellom intern norsk rett og andre internasjonale overenskomster som Norge er bundet av, utenfor. I den grad for eksempel den europeiske menneskerettskonvensjonen²⁵ eller sosialpakten²⁶ stiller andre eller motstridende krav til norske minstelønnsbestemmelser sammenliknet med de nevnte EØS-reglene, vil dette ikke gjøres rede for.

1.4 Avhandlingens struktur

Det vil først gjøres rede for rettskildesituasjonen når det gjelder oppgavens tema i del 2. Denne framstillingen er oppdelt i to underavsnitt: et om de EØS-rettslige kildene (2.1) og et om de interne norske kildene (2.2). Deretter vil de sentrale reglene om emnet gjøres rede for i del 3: først Norges EØS-rettslige forpliktelser (2.1), deretter de nasjonale norske reglene som har som funksjon å oppfylle disse (2.2). Etter dette drøftes oppgavens hovedproblemstilling i del 4, altså hvilke EØS-rettslige begrensninger som gjelder for hva som kan utgjøre minstelønn for utsendte arbeidstakere i Norge. Denne seksjonen er inndelt i tre avsnitt. I det første drøftes hvilke grenser som kan utledes av utsendingsdirektivet for definisjonen av minstelønn (4.2). I det andre behandles problemstillingen om hvorvidt EØS-avtalens art. 36 kommer til anvendelse for fastsettelsen av minstelønn (4.3). I det tredje avsnittet undersøkes det hvilke grenser EØS-avtalens art. 36 i så fall medfører for hva som kan utgjøre minstelønn (4.4). Til slutt gis en konklusjon i del 5 på bakgrunn av gjennomgangen.

2 Rettskildesituasjonen

I denne delen vil de viktigste rettskildene og rettskildepriinsippene for oppgavens tema bli presentert. Dette omfatter for det første nasjonale norske rettskilder som lov, forskrift og høyesteretts praksis. Vel så viktige er EU/EØS-rettslige kilder med virkning for norsk rett, herunder traktater, direktiver og rettsavgjørelser. Disse vil behandles først.

²⁴ EU-domstolen har i sin rettspraksis fastsatt flere begrensninger for dette, som også gjelder i forbindelse med utsending av arbeidstakere. EU-domstolens tolkninger på disse punktene har vært svært kontroversielle og blitt mye diskutert (Evju (2009) s. 265-266, 268 flg.). Dette er imidlertid et omfattende og sammensatt problemfelt i seg selv, som det ville gå utover oppgavens rammer å redegjøre for i tillegg til innholdet av minstelønnsbestemmelser.

²⁵ Europarådets konvensjon 4 november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter.

²⁶ Den europeiske sosialpakt av 1961.

2.1 EU/EØS-rettskilder

2.1.1 EØS-avtalen

Avtalen om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS-avtalen)²⁷ er grunnlaget for EØS-retten og den grunnleggende rettskilden på dette feltet.²⁸ Den er en folkerettslig traktat inngått mellom medlemsstatene i EU og de fleste medlemsstatene i EFTA, som utvider EUs indre marked til å omfatte disse EFTA-statene.²⁹

Et viktig rettskildeprinsipp i EØS-retten følger av målet om et ensartet europeisk marked (homogenitetsmålsetningen), jf. EØS-avtalens fortale fjerde ledd og art. 1 nr. 1. Det innebærer at de EØS-rettslige reglene som er gjengivelser av regler i EU, skal tolkes på samme måte som i EU-retten.³⁰

Det vil bli nærmere redegjort for relevante bestemmelser i EØS-avtalen nedenfor i 3.1.1.

2.1.2 Utsendingsdirektivet. Generelt om direktiver

Utsendingsdirektivet (som presenteres nærmere nedenfor i 3.1.4) må betraktes som den mest sentrale rettskilden for oppgavens tema. Et direktiv er en av formene for sekundærlovgivning i EU.³¹ Det er bindende for medlemsstatene utfra sin målsetning, men overlater til nasjonale myndigheter å bestemme formen og midlene for gjennomføring.³² Et direktiv er dermed ikke en tradisjonell lovtekst, men utgjør snarere et krav til medlemsstatene om å vedta regler med et bestemt innhold.³³ Som annen sekundærlovgivning i EU, blir et direktiv inntatt i EØS-avtalen etter beslutning av EØS-komiteen.³⁴ Når et direktiv er inntatt i EØS-avtalen, medfører dette at Norge har plikt til å gjennomføre direktivet i nasjonal rett.³⁵

Et direktiv som er inntatt i EØS-avtalen, har lavere trinnhøyde enn bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel, og kan dermed ikke være i strid med disse. Dette skyldes at det er sikker EU-rett at bestemmelser i sekundærlovgivningen må være i samsvar med reglene i EUs

²⁷ Undertegnet mai 1992, i kraft fra 1. januar 1994.

²⁸ For Norge og de andre EØS-landene som ikke er EU-medlemmer.

²⁹ Sejersted i Sejersted mfl. (2011) s. 86.

³⁰ Sejersted i Sejersted mfl. (2011) s. 87.

³¹ TFEU art. 288

³² EU-traktatens art. 288 (3).

³³ Sejersted i Sejersted mfl. (2011) s. 51.

³⁴ Dette skjer ved at direktivet føyes til listen over regelverk i et av vedleggene til avtalen, jf. EØS-avtalens art. 102 (1). Direktivet vedtas på forhånd ved enstemmighet mellom EU på den ene siden og EFTA-statene på den andre, jf. EØS-avtalens art. 93 (2) (Sejersted i Sejersted mfl. (2011) s. 187-188).

³⁵ Etter Grunnloven § 26 må imidlertid traktater «av særlig stor viktighet», og traktater som nødvendiggjør ny lov eller stortingsbeslutning, godkjennes av Stortinget før de kan bli folkerettslig bindende for Norge. Denne adgangen vil imidlertid være vanskelig å benytte, ettersom Norge på dette stadiet allerede vil ha forpliktet seg politisk gjennom behandlingen i EØS-komiteen (Sejersted i Sejersted mfl. (2011) s. 190-191).

grunnleggende traktater. Dermed følger det av homogenitetsmålsetningen at det samme må gjelde i forholdet mellom bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel som gjengir reglene fra EU-traktatene, og direktivbestemmelsene.³⁶

En direktivbestemmelse kan innebære en totalharmonisering eller en minimumsharmonisering av spørsmål den regulerer. Dette beror på en tolkning av bestemmelsen.³⁷

Totalharmonisering vil si at det oppstilles en absolutt norm i et bestemt spørsmål, slik at nasjonalstaten ikke har adgang til å fravike den verken til fordel eller ulempe for den frie bevegelse innenfor EØS. Det medfører at kun direktivbestemmelsene – og ikke de underliggende traktatreglene om fri bevegelse³⁸ – kommer til anvendelse på dette området. Selv om dette kan synes problematisk på bakgrunn av traktatenes høyere rang, har EU-domstolen flere ganger ansett direktivbestemmelser for å medføre totalharmonisering.³⁹ Istedenfor å anse dette som i strid med regelhierarkiet, kan slike direktivbestemmelser oppfattes å utdype eller klargjøre hvilket innhold og hvilken rekkevidde traktatbestemmelsene har på et bestemt område.⁴⁰

Spørsmålet om totalharmonisering har relevans for problemstillingen om hvorvidt EØS-avtalens art. 36 har anvendelse for hva som kan utgjøre minstelønn for utsendte arbeidstakere, nedenfor i 4.3.

Minimumsharmonisering innebærer at det oppstilles en minstenorm i et gitt spørsmål. Det medfører at nasjonale regler som samsvarer med denne minstenormen, ikke vil være i strid med den frie bevegelse. På den annen side vil nasjonale regler som går utover minstenormen, kunne prøves etter traktatreglene om fri bevegelse. For eksempel var det tidligere antatt av flere at utsendingsdirektivet innebar en minimumsharmonisering av blant annet minstelønn, slik at direktivet ikke var til hinder for å fastsette lønnsbetingelser for utsendte arbeidstakere som gikk utover minstenivået.⁴¹

³⁶ Arnesen i Sejersted mfl. (2011) s. 232.

³⁷ Rognstad i Sejersted mfl. (2011) s. 299-300.

³⁸ Nedenfor i 3.1.1.

³⁹ Barnard (2014) s. 11-12, med eksempler.

⁴⁰ Barnard (2014) s. 12.

⁴¹ Nedenfor i 3.1.4.

2.1.3 EU-domstolens praksis

EU-domstolens⁴² praksis er en viktig rettskildefaktor i EU- og EØS-retten. Ifølge Treaty on European Union (EU-traktaten) art. 19 (1) 2. pkt. skal EU-domstolen sørge for overholdelse av lov og rett ved tolkningen og anvendelsen av traktatene. EU-domstolen tolker dette slik at den har enerett på autoritativ tolkning av EU-retten. Dette innebærer at medlemsstatenes myndigheter og domstoler, i tillegg til de øvrige EU-institusjonene, er forpliktet til å legge EU-domstolens tolkninger til grunn.⁴³ I henhold til homogenitetsmålsetningen og EØS-avtalens art. 6 har EU-domstolens avgjørelser også betydelig vekt for tolkningsspørsmål som oppstår på grunnlag av EØS-avtalen.⁴⁴

EU-domstolen fatter ulike former for avgjørelser. I direkte søksmål,⁴⁵ for eksempel traktatbruddssøksmål mot medlemsstater, avgjør domstolen tvisten i saken. I den største kategorien av saker avgjør domstolen derimot ikke tvisten i saken, men avsier tolkningsuttalelser.⁴⁶ Dette foregår ved at domstolen besvarer spørsmål fra en domstol i en medlemsstat om hvordan EU-retten skal forstås. Det er deretter opp til den nasjonale domstolen å anvende uttalelsen i den foreliggende tvisten.⁴⁷

I de fleste saker skriver en generaladvokat en begrunnet innstilling og foreslår et resultat før domstolens avgjørelse treffes.⁴⁸ Innstillingen er bare rådgivende og følges ikke alltid av dommerne.⁴⁹ Rettskildevekten av innstillingene er på den bakgrunn varierende, men de kan være nyttige for forståelsen av EU-retten.⁵⁰

2.1.4 EFTA-domstolens praksis

EFTA-domstolens rettspraksis er en relevant rettskilde for de tre EFTA-statene som er medlemmer av EØS.⁵¹ På samme vis som EU-domstolen når det gjelder EU-retten, har EFTA-domstolen som en av sine oppgaver å avgi rådgivende uttalelser om tolkningen av EØS-avtalen. Dette skjer etter anmodning fra en domstol i et av EFTA-landene.

⁴² The Court of Justice of the European Union som omfatter the Court of Justice, the General Court og visse spesialdomstoler (EU-traktatens art. 19 nr. 1).

⁴³ Sejersted i Sejersted mfl. (2011) s. 55.

⁴⁴ Arnesen i Sejersted mfl. (2011) s. 223-224.

⁴⁵ EU-traktaten art. 19 (3) bokstav a. TFEU art. 256 (1) og (2).

⁴⁶ EU-traktaten art. 19 (3) bokstav b. TFEU art. 256 (3).

⁴⁷ Arnesen i Sejersted mfl. (2011) s. 235.

⁴⁸ Domstolen bistås av åtte generaladvokater, jf. TFEU art. 252.

⁴⁹ Et relevant eksempel for oppgavens tema er generaladvokatens innstilling i Sähköalojen (nedenfor i 4.2.2 flg.).

⁵⁰ Sejersted i Sejersted mfl. (2011) s. 135.

⁵¹ Domstolen er opprettet i henhold til Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol, 2. mai 1992 (ODA).

Høyesterett har flere ganger uttalt seg om vekten av EFTA-domstolenes rådgivende uttalelser. I Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) ble det uttalt at Høyesterett er autorisert og forpliktet til selvstendig å ta stilling til hvorvidt uttalelsen skal legges til grunn for en avgjørelse, men at uttalelsen må tillegges «vesentlig vekt».

I Rt. 2013 s. 258 (verftssaken)⁵² fra 2013 kan Høyesterett synes å ha et noe mer tilbakeholdent syn på vekten av EFTA-domstolens uttalelser. Etter å ha gjengitt bemerkningene fra Finanger I, uttalte retten her at den ikke er «formelt avskåret» fra å bygge på et annet syn enn EFTA-domstolens. Men det kreves «særlige grunner» for å fravike EFTA-domstolens oppfatning, ettersom den skal tillegges «vesentlig vekt».⁵³ Høyesterett ga deretter uttrykk for en betydelig tvil om EFTA-domstolens syn i det foreliggende tolkningsspørsmålet, men fant ikke grunn til å konkludere endelig på dette punktet.⁵⁴

På denne bakgrunn må det fortsatt legges til grunn at norske domstoler skal foreta en selvstendig vurdering av EFTA-domstolens tolkningsuttalelser, men at disse likevel må tillegges vesentlig vekt. Det kan imidlertid virke som Høyesterett med sin tilnærming i verftssaken har beveget seg i en noe mer selvstendig retning i forholdet til EFTA-domstolen enn i Finanger I.⁵⁵

2.1.5 Praksis i EFTAs overvåkningsorgan

Praksisen til EFTAs overvåkningsorgan (ESA) kan også være en relevant rettskilde på dette området. ESA er et uavhengig kontrollorgan som skal påse at EFTA-statene oppfyller sine forpliktelser etter EØS-avtalen, jf. ODA artiklene 4 og 5 nr. 1 bokstav a.⁵⁶ Dersom ESA finner at en EFTA-stat har unnlatt å oppfylle en forpliktelse, avgir det en grunnlagt uttalelse om dette, jf. ODA art. 31. Med unntak for visse rettsområder har ESA imidlertid ikke kompetanse til å pålegge statene plikter. Uttalelsen er likevel et varsel om at ESA vil kunne reise traktatbruddssøksmål for EFTA-domstolen dersom feilen ikke rettes, art. 31 annet ledd. I praksis fører det som oftest til at nasjonale myndigheter retter seg etter uttalelsene.⁵⁷

2.2 Nasjonale rettskilder

De viktigste lovene for oppgavens problemstilling, er arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven⁵⁸. Arbeidsmiljølovens § 1-7 omhandler utsending av arbeidstakere.⁵⁹ Allmenngjørings-

⁵² Referat nedenfor i 3.2.1.

⁵³ Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 93).

⁵⁴ Nærmere om dette nedenfor i 4.3.3.

⁵⁵ I den retning Baudenbacher (2013) s. 523 flg. Motsatt Bårdsen (2013) s. 545.

⁵⁶ Sejersted i Sejersted mfl. (2011) s. 149.

⁵⁷ Sejersted i Sejersted mfl. (2011) s. 151.

⁵⁸ Lov 4 juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler mv.

loven regulerer allmenngjøring av tariffavtaler, som er Norges ordning for å fastsette minstelønn for arbeidstakere utsendt til Norge.⁶⁰

Utsendingsforskriften⁶¹ er vedtatt i medhold av ulike bestemmelser i lover om arbeid, inkludert arbeidsmiljølovens § 1-7 (4) og allmenngjøringslovens § 2 nr. 1 annet pkt. Den er en del av Norges gjennomføring av utsendingsdirektivet.⁶² Videre er de ulike forskriftene om allmenngjøring av tariffavtaler viktige rettskilder på området, da det som nevnt er slik bestemmelser om minstelønn⁶³ for utsendte arbeidstakere blir gitt.

Av norsk rettspraksis med relevans for oppgavens tema, er den tidligere nevnte høyesterettsavgjørelsen i verftssaken⁶⁴ som nevnt sentral.

3 Sentrale rettsregler

3.1 EØS-rett

3.1.1 EØS-avtalen og de fire friheter

Hovedformålet med EØS-avtalen var å utvide EUs indre marked til å omfatte EFTA-statene, så langt dette lot seg gjøre uten at disse ble fullverdige medlemmer av EU. Dette gjorde det nødvendig at EFTA-statene forpliktet seg til å etterleve EUs regler om det indre markedet.⁶⁵

EØS-avtalens hoveddel er innlemmet i norsk rett ved EØS-loven av 1992.⁶⁶ Dette er gjort ved at hoveddelen er inntatt i loven som vedlegg, og at lovens § 1 slår fast at bestemmelsene i den skal gjelde som norsk lov. Av § 2 følger det at lovbestemmelser som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, har forrang over andre bestemmelser som regulerer samme forhold i tilfelle motstrid. Dette innebærer at lovbestemmelser som tjener til å oppfylle slike forpliktelser, går foran motstridende bestemmelser i eldre lov. Det innebærer også at de går foran senere lovbestemmelser, med mindre Stortinget eksplisitt gjør unntak fra EØS-

⁵⁹ Nedenfor i 3.2.2.

⁶⁰ Nærmere redegjørelse for allmenngjøringsloven nedenfor i 3.2.1.

⁶¹ Forskrift 16 desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere.

⁶² Nedenfor i 3.2.3.

⁶³ Samt andre lønns- og arbeidsvilkår.

⁶⁴ Rt. 2013 s. 258.

⁶⁵ Sejersted i Sejersted mfl. (2011), s. 86.

⁶⁶ Lov 27 november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv.

forpliktelsene.⁶⁷ Det følger videre av § 2 at forskriftsbestemmelser som tjener til å oppfylle slike forpliktelser, går foran annen forskrift og senere lov ved motstrid.⁶⁸

EØS-avtalens sentrale regler er reglene om de fire friheter og konkurranse.⁶⁹ Bestemmelsene om de fire friheter gjengir de tilsvarende bestemmelsene i Treaty on the Functioning of the European Union av 2007 (TFEU). De er ment å ha samme innhold som bestemmelsene i denne traktaten, jf. homogenitetsmålsetningen i EØS-avtalens art. 1 og fortalens punkt 16.⁷⁰

De fire friheter omfatter fritt varebytte og fri bevegelse for personer, tjenester og kapital mellom landene i EØS-området, jf. EØS-avtalens art. 1 nr. 2. Reglene om disse er grunnleggende for funksjonen til EØS-markedet. Målet er et felles, indre marked uten kunstige hindringer for økonomiske transaksjoner over landegrensene, med sikte på å oppnå formålet om økonomisk vekst og økt velstand i EØS.⁷¹

Grunnreglene om de fire friheter er gjengitt i EØS-avtalens kapittel II og kapittel III. Når det gjelder minstelønn for utsendte arbeidstakere, er det den frie bevegelse for tjenester i art. 36 som er den relevante friheten.

3.1.2 Fri bevegelse for tjenester

EØS-avtalens Del III kapittel 3 gjelder den frie bevegelse for tjenester. Det er i dette kapitlet utsendingsdirektivet er hjemlet.⁷² Reglene er utformet etter de tilsvarende bestemmelsene i TFEU Del III kapittel 3. Artiklene 56 og 57 i TFEU⁷³ tilsvarer artiklene 36 og 37 i EØS-avtalen. Art. 36 forbyr restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innenfor avtalepartenes territorium, dersom disse vil kunne ramme statsborgere som er etablert i en EØS-stat og yter tjenester i en annen. Restriksjonsforbudet gjelder innenfor EØS-avtalens rammer. Etter artiklene 39 og 34 er også selskaper og andre juridiske personer som driver ervervsmessig virksomhet, vernet av reglene. De må i så fall ha sitt vedtektsbestemte sete, sitt hovedforetak eller sin hovedadministrasjon innenfor avtaleterritoriet, og være opprettet i samsvar med lovgivningen i vedkommende stat.

⁶⁷ Ettersom EØS-avtalens hoveddel og EØS-lovens § 2 er gitt som lov, ville det stride mot vårt konstitusjonelle system om de skulle gå foran en senere lov som eksplisitt gjorde unntak fra dem. Arnesen i Sejersted mfl. (2011) s. 245.

⁶⁸ Igjen med mindre det eksplisitt gjøres unntak. Ettersom lov har høyere trinnhøyde enn forskrift, kan ikke en forskrift sette til side tidligere lovbestemmelser.

⁶⁹ Sejersted i Sejersted mfl. (2011) s. 86.

⁷⁰ Arnesen i Sejersted mfl. (2011) s. 223.

⁷¹ EU-traktatens art. 3. Sejersted i Sejersted mfl. (2011) s. 60.

⁷² TFEU artiklene 53 nr. 1 og 62. Barnard (2012) s. 228. Utsendingsdirektivet art. 1 nr. 1.

⁷³ Tidligere artiklene 49 og 50 i the Treaty Establishing the European Community, 25 mars 1957.

Tjenester er definert i art. 37. Det er et vilkår at tjenestene vanligvis ytes mot betaling. I tillegg er begrepet negativt avgrenset mot de øvrige tre frihetene, slik at noe kun kan være en tjeneste dersom det ikke faller innunder en av disse. Av tredje ledd framgår det at tjenesteregulene kun gjelder midlertidig virksomhet hvor tjenesteyteren er etablert i et EØS-land og tjenestemottakeren i et annet.⁷⁴

Tjenesteregulene inneholder både et restriksjonsforbud og et diskrimineringsforbud. Diskrimineringsforbudet er forankret i art. 37 (3), hvor det er fastslått at tjenesteyteren må få yte sine tjenester «på samme vilkår» som gjelder for statsborgere og virksomheter etablert i mottakerstaten. Tjenesteytere kan altså ikke behandles mindre gunstig på grunn av bo- eller etableringssted.⁷⁵

Restriksjonsforbudet følger av art. 36 (1). En restriksjon er ifølge EU-domstolens praksis ethvert tiltak (gjør en regel) som en EØS-stat har latt få virkning på sitt territorium, og som kan medføre at tjenesteytelse på dette territoriet utøvd av en tjenesteyter med hjemsted i en annen EØS-stat (hvor vedkommende lovlig utøver tilsvarende tjenester), blir vanskeligere eller mindre fordelaktig.⁷⁶ Terskelen ligger dermed ikke særlig høyt.

3.1.3 Læren om tvingende allmenne hensyn

Det følger av EU-domstolens praksis at EØS-landene har en begrenset adgang til å ha restriksjoner på tjenestefriheten etter den domstolsskapte læren om «tvingende allmenne hensyn».⁷⁷

Denne adgangen gjelder kun dersom diskrimineringsforbudet ikke er til hinder for det. For nasjonale regler vil dette innebære at reglene må ha lik anvendelse for alle personer og virksomheter som yter tjenester innenfor statens territorium⁷⁸ – uavhengig av etableringssted eller bosted.⁷⁹ Restriksjonen er i så fall tillatt dersom tre vilkår er oppfylt.⁸⁰ Betegnelsen «læren om tvingende allmenne hensyn» viser i det følgende til alle de tre vilkårene sett under ett.

⁷⁴ Arnesen og Foyn i Sejersted mfl. (2011) s. 424.

⁷⁵ Arnesen og Foyn i Sejersted mfl. (2011) s. 438.

⁷⁶ Sak E-2/11 (avsnitt 79). Case C-515/08 (avsnitt 29 med videre henvisninger). Arnesen og Foyn i Sejersted mfl. (2011) s. 441.

⁷⁷ Evju (2009) s. 264. Valget av betegnelse bygger på Evjus formulering «doktrinen om «tvingende allmenne hensyn»». Case C-515/08 (avsnitt 45).

⁷⁸ Case C-515/08 (avsnitt 45).

⁷⁹ Nærmere om dette i Sejersted mfl. (2011) 445-447.

⁸⁰ Case C-60/03 (avsnitt 34 med videre henvisninger).

For det første må den ha et formål som er begrunnet i «tvingende allmenne hensyn»⁸¹ – i engelsk språkversjon «overriding requirements relating to the public interest»⁸². Det kan slutes av ordlyden at restriksjoner må være begrunnet utfra offentlige interesser som må være av så stor betydning at de i det gitte tilfellet kan tillegges høyere vekt enn friheten til å tilby tjenester. I henhold til EU-domstolens praksis kan beskyttelse av arbeidstakere være et slikt hensyn, noe som kan få betydning for fastsettelsen av minstelønn for utsendte arbeidstakere.⁸³ For det andre må restriksjonen være egnet til å sikre oppnåelsen av formålet. For det tredje må den være i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet. Det vil si at den ikke må gå utover det som er nødvendig for å oppnå formålet. Nærmere bestemt må formålet ikke kunne oppnås på en annen måte som er mindre inngripende overfor tjenestefriheten, og det som oppnås må stå i forhold til inngrepet i tjenestefriheten.⁸⁴

Et tilleggsvilkår er at det allmenne hensynet ikke er ivaretatt av regler som gjelder for tjenesteyteren i medlemsstaten hvor denne er etablert.⁸⁵ I realiteten er dette en presisering av de allerede nevnte vilkårene.⁸⁶ En restriksjon kan logisk sett ikke være begrunnet i et allment hensyn eller nødvendig for å ivareta det dersom hensynet ivaretas uten restriksjonen.

Læren om tvingende allmenne hensyn vil behandles mer inngående i redegjørelsen for dens betydning for hva som kan utgjøre minstelønn, nedenfor i 4.4.

3.1.4 Utsendingsdirektivet

Utsendingsdirektivet ble innlemmet i EØS-avtalen ved vedtak av EØS-komiteen 30. april 1998, og er dermed bindende for Norge. Det er gjennomført i norsk rett ved ulike lov- og forskriftsbestemmelser, deriblant allmenngjøringsloven, arbeidsmiljøloven § 1-7 og utsendingsforskriften.

Av fortalens pkt. 5 framgår det at direktivet har til formål å fremme fri bevegelighet for tjenester. Det følger av samme pkt. at direktivet også skal sikre beskyttelse av arbeidstakeres rettigheter. Disse hensynene kan forståelig nok ofte peke i hver sin retning, noe som har vist seg å kunne gjøre tolkningen av direktivet til en krevende oppgave.

⁸¹ Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 105).

⁸² Case C-60/03 (avsnitt 34 med videre henvisninger).

⁸³ Case C-515/08 (avsnittene 45-47, med videre henvisninger). Nedenfor i 4.4.2.

⁸⁴ Joined cases C-49/98 mfl. (avsnittene 49-51). Sak E-2/11 (avsnittene 86-87). Arnesen og Foyn i Sejersted mfl. (2011) s. 449-451.

⁸⁵ Case C-60/03 (avsnitt 34 med videre henvisninger).

⁸⁶ Arnesen og Foyn i Sejersted mfl. (2011) s. 449.

Direktivet gir regler for tilfeller hvor et foretak som er etablert i en medlemsstat (utsendingsforetaket), i forbindelse med tjenesteyting sender ut arbeidstakere til territoriet til en annen medlemsstat (mottakerstaten) for å utføre arbeid, jf. art. 1 nr. 1.⁸⁷

Anvendelsesområdet omfatter nærmere bestemt tre ulike typesituasjoner.⁸⁸ Den første er at utsendingsforetaket sender ut arbeidstakere til mottakerstatens territorium, for egen regning og under egen ledelse, etter en kontrakt inngått mellom utsendingsforetaket og mottakeren av tjenesteytelsene som driver virksomhet i mottakerstaten. Det er et vilkår at det foreligger et arbeidsforhold mellom utsendingsforetaket og den utsendte arbeidstakeren i løpet av utsendingsperioden.

Den andre situasjonen er at utsendingsforetaket sender ut arbeidstakere til et foretak eller en virksomhet som eies av gruppen og som befinner seg på mottakerstatens territorium. At foretaket eller virksomheten eies av gruppen, viser til den situasjonen at utsendingsforetaket og foretaket eller virksomheten i mottakerstaten tilhører samme konsern. Hva som nærmere bestemt ligger i begrepet gruppe/konsern, må avgjøres etter nasjonal rett. I de norske forarbeidene er det uttalt at det imidlertid bør legges en vid forståelse til grunn, med henvisning til «formålet med direktivet».⁸⁹ Også her er det et vilkår at det foreligger et arbeidsforhold mellom utsendingsforetaket og arbeidstakeren i utsendingsperioden.

Den tredje situasjonen er at utsendingsforetaket opptrer som et vikarbyrå eller som en virksomhet som stiller en arbeidstaker til rådighet, og leier ut en arbeidstaker til et brukerforetak som er etablert eller driver virksomhet på mottakerstatens territorium. Vilkåret om at det foreligger et arbeidsforhold mellom utsendingsforetaket og arbeidstakeren, gjelder her også.

I art. 3 nr. 9 er det gitt en særregel for denne situasjonen: Mottakerstaten har adgang til å pålegge utsendingsforetak å sikre arbeidstakerne de samme vilkårene som gjelder for midlertidige arbeidstakere i mottakerstaten. Det innebærer at utsendingsdirektivet ikke er til hinder for at mottakerstaten anvender likebehandlingsprinsippet i art. 5 nr. 1⁹⁰ i vikarbyrådirektivet av 2008⁹¹ for utsendte arbeidstakere som faller innunder art. 1 nr. 3 bokstav c.⁹² Som det vil

⁸⁷ Det er viktig å være oppmerksom på at dette ikke omfatter situasjoner hvor en statsborger i ett EØS-land blir ansatt hos en arbeidsgiver i et annet EØS-land. Slike tilfeller faller innunder reglene om fri bevegelse av personer (EØS-avtalens del III kapittel 1), ikke tjenester.

⁸⁸ Art. 1 nr. 3 bokstavene a-c.

⁸⁹ Fougner mfl. (2013), kommentarer til § 1-7 s. 5 av 6. Ot.prp.nr.13 (1999–2000) s. 28. Antakelig siktes det til formålet om å beskytte arbeidstakeres rettigheter (fortalens pkt. 5).

⁹⁰ Prinsippet innebærer at utleide arbeidstakere har krav på minst de grunnleggende lønns- og arbeidsvilkårene som de ville hatt dersom de var ansatt hos innleieren for å utføre same arbeid.

⁹¹ EP/Cdir 2008/104/EC.

⁹² Barnard (2012) s. 219.

framgå i det følgende, vil i så fall disse arbeidstakerne kunne ha flere og gunstigere arbeidsvilkår enn andre utsendte arbeidstakere. Vikarbyrådirektivet er gjennomført i Norge i arbeidsmiljølovens §§ 14-12 til 14-12c. Ifølge § 14-12a første ledd bokstav f skal utleide arbeidstakere sikres likebehandling med den innleiende virksomhetens arbeidstakere når det gjelder lønnsvilkår. Dette medfører at utsendte arbeidstakere som innleies av en norsk virksomhet, ofte vil kunne ha krav på en høyere lønn enn minstelønnen etter art. 3 nr. 1 c, og dermed har en bedre stilling enn andre utsendte arbeidstakere i Norge.⁹³

Utsendingsdirektivet bygger på et grunnprinsipp om at en «hard kjerne» av mottakerstatens nasjonale regler om lønns- og arbeidsvilkår skal gjøres gjeldende for de utsendte arbeidstakerne.⁹⁴ Dette framgår av fortalens punkt 14 og art. 3 nr. 1. Mottakerstaten har plikt til å sørge for at utsendingsforetak garanterer sine utsendte arbeidstakere de vilkårene som følger av art. 3 nr. 1 bokstavene a-g. Av bokstav c framgår det at minstelønn (“the minimum rates of pay”) er et av områdene hvor mottakerstatens regler skal gis anvendelse. Begrepet minstelønn skal i henhold til direktivet defineres utfra nasjonal rett og/eller praksis i mottakerstaten, jf. art. 3 nr. 1 annet ledd. Hvilke nærmere grenser som direktivet og EØS-avtalens art. 36 setter for innholdet av minstelønnen, drøftes nedenfor i 4.

Det er imidlertid ikke slik at mottakerstaten har en plikt ifølge utsendingsdirektivet til å vedta regler på de områdene som er nevnt i art. 3 nr. 1 a-g, dersom slike regler ikke eksisterer i det nasjonale rettssystemet. Mottakerstaten er kun forpliktet til å la reglene få anvendelse for utsendte arbeidstakere i den grad de foreligger.⁹⁵ Arbeids- og lønnsvilkårene som er nevnt i bokstavene a-g, utgjør et minimumsvern for de utsendte arbeidstakerne: dersom slike vilkår er del av nasjonal rett, er det ikke tillatt å anvende mindre gunstige vilkår for de utsendte arbeidstakerne.

Det var tidligere antatt fra flere hold at direktivet innebar en minimumsharmonisering⁹⁶ av lønns- og arbeidsvilkår, slik at det ikke hindret mottakerstaten i å fastsette vilkår som gikk utover de områdene og det nivået som er angitt art. 3 nr. 1.⁹⁷ Dette kunne se ut til å følge av art. 3 nr. 7 første avsnitt, hvor det er fastslått at direktivet “shall not prevent application of

⁹³ Barnard (2012) s. 219.

⁹⁴ Se Evju (2009) s. 254.

⁹⁵ Dette kan anses å ligge i uttalelsen i C-341/05 (avsn. 60): «Directive 96/71 did not harmonise the material content of [the] rules for minimum protection. That content may accordingly be freely determined by the Member States, in compliance with the Treaty and the general principles of Community law”. Barnard (2012) s. 221. Evju (2009) s. 255.

⁹⁶ Ovenfor i 2.1.

⁹⁷ I denne retning Ot.Prp.nr.13 (1999-2000) s. 5; se Barnard (2014) s. 6.

terms and conditions of employment which are more favourable to workers”. I EU-domstolens tolkningsuttalelse i Laval⁹⁸ ble imidlertid denne tolkningen avvist.

Laval er ansett som en av de mest sentrale avgjørelsene om utsending av arbeidstakere. Dommen har vakt oppsikt og vært kontroversiell på flere punkter.⁹⁹ Saken gjaldt en tvist mellom et latvisk firma (Laval) som hadde utsendt arbeidstakere til Sverige, og en svensk fagforening som forsøkte å presse firmaet til å inngå tariffavtale ved bruk av arbeidskampstiltak.¹⁰⁰ EU-domstolen kom blant annet til at disse tiltakene var i strid med utsendingsdirektivet og traktatreglene om fri bevegelse for tjenester, fordi fagforeningens krav gikk utover de minstevilkårene som fulgte av svensk lov,¹⁰¹ og fordi det i Sverige ikke forelå minstelønnsbestemmelser (av noen art) som var tilstrekkelig presise og tilgjengelige med hensyn til utsendingsforetaks muligheter til å forutse hvilke vilkår de ville være bundet av.¹⁰²

Om adgangen til å fastsette mer fordelaktige vilkår for arbeidstakerne, uttalte domstolen følgende:

It is true that Article 3(7) of Directive 96/71 provides that paragraphs 1 to 6 are not to prevent application of terms and conditions of employment which are more favourable to workers [...]

Nevertheless, Article 3(7) of Directive 96/71 cannot be interpreted as allowing the host Member State to make the provision of services in its territory conditional on the observance of terms and conditions of employment which go beyond the mandatory rules for minimum protection. [...]

Therefore [...] the level of protection which must be guaranteed to workers posted to the territory of the host Member State is limited, in principle, to that provided for in Article 3(1), first subparagraph, (a) to (g) of Directive 96/71, unless, pursuant to the law or collective agreements in the Member State of origin, those workers already enjoy more favourable terms and conditions of employment as regards the matters referred to in that provision.¹⁰³

⁹⁸ Case C-341/05.

⁹⁹ Barnard (2014) s. 1 og 7.

¹⁰⁰ Referat i NOU 2012:2 s. 460.

¹⁰¹ Avsnittene 79-85 og 111.

¹⁰² Avsnittene 109-110.

¹⁰³ Avsnittene 79-81.

Direktivet er etter dette fortsatt ikke til hinder for anvendelsen av vilkår utover det nivået eller de områdene som er fastsatt i art. 3 nr. 1. Dette forutsetter imidlertid at arbeidsgiveren samtykker frivillig, eller at vilkårene gjelder for arbeidsforholdet i samsvar med hjemlandets rett. Det kan altså ikke være en betingelse for tjenesteytelsen og utsendingen at arbeidsgiveren aksepterer et høyere nivå av (eller et større antall) lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av art. 3 nr. 1 bokstavene a-g.

En siste mulighet til å fastsette mer omfattende lønns- og arbeidsvilkår følger av art. 3 nr. 10. Direktivet åpner her for at det fastsettes arbeidsvilkår på andre områder enn de som er nevnt i nr. 1 bokstavene a-g, dersom bestemmelsene om dette er å regne som «public policy provisions».¹⁰⁴ I henhold til Laval¹⁰⁵ (og særlig Luxembourg¹⁰⁶), er adgangen til å gi slike bestemmelser svært snever.¹⁰⁷ Ettersom art. 3 nr. 10 bare får anvendelse på vilkår som ikke er minstelønn i direktivets forstand, vil dette ikke omtales nærmere.

Art. 3 nr. 1 stiller også krav til hvordan reglene må være gitt for at de skal kunne gjelde for utsendte arbeidstakere. Etter første avsnitt har mottakerstaten to alternativer: For det første kan reglene være gitt i form av «law, regulation or administrative provision». I Norge omfatter dette lov og forskrift.¹⁰⁸ For det andre fins et særskilt alternativ for arbeid som er definert som “building work”.¹⁰⁹ For slikt arbeid kan reglene følge av tariffavtaler eller voldgiftsavgjørelser som er blitt allmenngjort i samsvar med art. 3 nr. 8. Framgangsmåtene for dette har liten relevans for Norge, ettersom ordningen her er allmenngjøring av tariffavtalebestemmelser i forskrift.

Art. 4 nr. 3 pålegger EØS-statene å treffe egnede tiltak for å gjøre informasjonen om lønns- og arbeidsvilkår etter art. 3 allment tilgjengelige.

3.2 Norske regler

3.2.1 Allmenngjøringsloven

I Norge fins det som nevnt ingen lovfestet allmenn minstelønn som kan anvendes for utsendte arbeidstakere på norsk territorium. Framgangsmåten som er valgt for å gjøre norske lønns- og

¹⁰⁴ I norsk oversettelse «bestemmelser om offentlig orden».

¹⁰⁵ Case C-341/05 (avsnitt 84).

¹⁰⁶ Case C-319/06 (avsnitt 49 flg.). EU-kommisjonen hadde reist søksmål mot Luxembourg for mangelfull gjennomføring av utsendingsdirektivet og traktatreglene om fri bevegelse av tjenester. Luxembourgs lov om utsending ble funnet rettsstridig fordi den inneholdt arbeidsvilkår utover de som kunne gjøres gjeldende etter direktivets art. 3.

¹⁰⁷ Høyesterett kom i verftssaken imidlertid til (i strid med EFTA-domstolens syn) at en plikt til å dekke utgifter til reise, kost og losji, kunne gjøres gjeldende på dette grunnlaget, Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 155 flg.).

¹⁰⁸ I den norske oversettelsen heter det «lov eller forskrift».

¹⁰⁹ Se direktivets anneks.

arbeidsvilkår gjeldende for utsendte arbeidstakere, er isteden en ordning med allmenngjøring av tariffavtalebestemmelser ved forskrift. Denne ordningen følger av allmenngjøringsloven. Loven ble vedtatt i forbindelse med at Norge skulle slutte seg til EØS-avtalen. Formålet var å sikre likebehandling mellom norske og utenlandske arbeidstakere i Norge når det gjelder lønns- og arbeidsvilkår, i den nye situasjonen som ville oppstå som følge av tilslutningen til et felles europeisk marked.¹¹⁰

I følge § 1 har loven et dobbelt formål. Den skal for det første «sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har». For det andre skal den «hindre konkurransevidning til ulempe for det norske arbeidsmarkedet». Begge disse målsetningene kan synes ikke å harmonere særlig godt med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.¹¹¹ Den første vil kunne være i strid med utsendingsdirektivet dersom den realiseres fullt ut, ettersom art. 3 nr. 1 medfører begrensninger for både vilkårstype og nivå når det gjelder lønns- og arbeidsvilkår for utsendte arbeidstakere. Når det gjelder den andre, er det mulig å tenke seg den situasjonen at tiltak for å unngå konkurransevidning som er ugunstig for det norske arbeidsmarkedet, samtidig vil føre til brudd på EØS-avtalens bestemmelser om de fire friheter, herunder adgangen til å yte tjenester. Med andre ord vil en konkurransevidning til ulempe for Norge etter omstendighetene kunne være en nødvendig konsekvens av å oppfylle forpliktelsene etter EØS-avtalen.

Ettersom utsendingsdirektivet er gjennomført i norsk rett, må vedtak om allmenngjøring imidlertid ikke gå utover de grensene som utsendingsdirektivet og EØS-avtalen oppstiller, uansett om lovens formål tilsier noe annet.¹¹²

I 2009 avviste ESA en klage hvor det ble hevdet at den norske allmenngjøringsordningen, slik den praktiseres, er i strid med EØS-retten.¹¹³

Vedtak om allmenngjøring treffes etter § 3 av Tariffnemnda.¹¹⁴ Et allmenngjøringsvedtak må gjelde en landsomfattende tariffavtale, jf. § 5 første ledd. Det må være dokumentert at utenlandske arbeidstakere «utfører eller kan komme til å utføre arbeid på vilkår som samlet sett er dårligere enn det som gjelder etter landsomfattende tariffavtaler for vedkommende fag eller bransje, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke», (annet ledd).

¹¹⁰ Otr.Prp.nr.26 (1992-1993) s. 5.

¹¹¹ NOU 2012:2 s. 465.

¹¹² Allmenngjøringslovens § 5 (1) som henviser til arbeidsmiljølovens § 1-7. Evju (2009) s. 253. Ot.prp.nr.88 (2008-2009) s. 15-17.

¹¹³ NOU 2012:2 s. 464.

¹¹⁴ Både arbeidstakersiden og arbeidsgiversiden skal være representert blant nemndas faste medlemmer og ved behandlingen av hver sak.

Paragraf 6 gir nærmere regler om vedtakets innhold og virkning, blant annet hvilke deler av en tariffavtale som kan allmenngjøres. Dette omfatter kun tariffbestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår. Det er også bare vilkår av den typen som er omfattet av utsendingsdirektivets art. 3 nr. 1. I «særlige tilfeller» kan Tariffnemnda fastsette andre lønns- og arbeidsvilkår enn de som følger av tariffavtalen, noe som i prinsippet kan omfatte oppjustering av satsene i minstelønnsbestemmelser. I verftssaken (se referat rett nedenfor) uttalte Høyesterett imidlertid at dette bare bør kunne gjøres «helt unntaksvis», på bakgrunn av at det først og fremst er partene i arbeidslivet som framforhandler tariffavtaler.¹¹⁵ De betingelsene som er allmenngjort i vedtaket, skal gjelde som ufravikelige minimumsvilkår i forholdet mellom en omfattet arbeidstaker og dennes arbeidsgiver, jf. siste ledd.

Når det gjelder lønnsvilkår, har nemnda hovedsakelig nøydt seg med å allmenngjøre minstesatsene i tariffavtalene.¹¹⁶ Dette er som utgangspunkt forenlig med utsendingsdirektivets art. 3 nr. 1. Hvorvidt alle utbetalingsposter som er blitt allmenngjort, kan regnes som minstelønn i tråd med direktivet,¹¹⁷ har imidlertid budt på tvil og skapt strid i Norge. Særlig var dette tilfellet i verftssaken.¹¹⁸ Saken gjaldt et søksmål anlagt av en gruppe industribedrifter mot staten (ved Tariffnemnda) med krav om å få kjent ugyldig visse bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår i en allmenngjøringsforskrift som kom til anvendelse for utsendte arbeidstakere. Høyesterett kom til at forskriften var gyldig på alle punktene, og at alle de allmenngjorte lønnsbetingelsene utgjorde minstelønn (eller i alle fall kunne allmenngjøres) etter utsendingsdirektivet og EØS-avtalens art. 36. Dette til tross for at EFTA-domstolen hadde avgitt en rådgivende uttalelse i saken¹¹⁹ som avvek fra Høyesteretts vurderinger på flere punkter. Staten fikk derfor medhold.

Forvaltningslovens saksbehandlingsregler kommer til anvendelse for vedtak etter allmenngjøringsloven, jf. § 9. De allmenngjorte bestemmelsene skal derfor regnes som forskrift.¹²⁰

Når dette skrives er tariffavtaler om fiskeindustribedrifter, renholdsbedrifter, byggeplasser i Norge og jordbruks- og gartnerinæringene allmenngjort.¹²¹ Alle disse inneholder bestemmelser

¹¹⁵ Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 117).

¹¹⁶ NOU 2012:2 s. 463.

¹¹⁷ Se nedenfor i 4.2.

¹¹⁸ Rt. 2013 s. 1958.

¹¹⁹ Sak E-2/11.

¹²⁰ Forvaltningsloven § 2 (1) bokstav c.

¹²¹ Forskrifter nr. 1481, 1482, 1483, 1805 og 1829 av 27 november 2014. Det fins en oversikt over gjeldende allmenngjøringsvedtak på Tariffnemndas hjemmesider (<https://www.regjeringen.no/nb/dep/asd/org/nemnder-styrer-rad-og-utvalg/permanente-nemnder-rad-og-utvalg/tariffnemnda/vedtak/id540957/>).

om lønnsbetingelser. I tillegg er det vedtatt videreføring av forskrift om delvis allmenngjøring av Industriooverenskomsten/VO-delen for skips- og verftsindustrien.¹²² Nemnda la til grunn at denne forskriften er i overenstemmelse med EØS-retten, på bakgrunn av høyesteretts avgjørelse i verftssaken.¹²³ Forskrift om delvis allmenngjøring av Landsoverenskomsten for elektrofagene¹²⁴ skal tre i kraft 1. mai 2015.

3.2.2 Arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljølovens § 1-7 omhandler utsendte arbeidstakere. Den er en del av Norges gjennomføring av utsendingsdirektivet. En utsendt arbeidstaker er i henhold til første ledd en «arbeidstaker som i et begrenset tidsrom arbeider i et annet land enn det arbeidsforholdet vanligvis er knyttet til». Dette tilsvarer definisjonen i utsendingsdirektivet art. 2 nr. 1.

Annet ledd angir de tre ulike situasjonene hvor utsending av arbeidstakere anses å foreligge. Disse svarer til typetilfellene som er beskrevet i direktivets art. 1 nr. 3 bokstavene a-c. Det er derfor i hovedsak tilstrekkelig å henvise til gjennomgangen av dem ovenfor i 3.1.4.

Utsendingsforetaket må være en «utenlandsk virksomhet». Dette uttrykket er valgt for å oppfylle direktivets krav om at virksomheter i land utenfor EØS, ikke skal kunne tilkjennes gunstigere vilkår i mottakerstaten enn virksomheter fra EØS-land.¹²⁵

Når det gjelder alternativet i bokstav a, er det et kriterium at utsendingen skjer på utsendingsforetakets «risiko». Dette uttrykket er ikke å finne i den norske oversettelsen av utsendingsdirektivet,¹²⁶ men kan anses å ligge i uttrykkene «regning» og «ledelse».¹²⁷

Fjerde ledd inneholder en av forskriftshjemlene til utsendingsforskriften. I henhold til denne kan det fastsettes i forskrift hvilke bestemmelser i arbeidsmiljøloven som skal gjelde for utsendte arbeidstakere i Norge.¹²⁸ Av disse er det kun § 14-12 a om innleide arbeidstakere som omhandler lønn.¹²⁹

¹²² Dette var den omtvistede forskriften i verftssaken (Rt. 2013 s. 258).

¹²³ Protokoll 4/2014.

¹²⁴ Forskrift 3 februar 2015.

¹²⁵ Fougner mfl. (2013), kommentarer til § 1-7 s. 4 av 6. Ot.prp.nr.49 (2004–2005) s. 78. Utsendingsdirektivets art. 1 nr. 4.

¹²⁶ Ot.Prp.nr.13 (1999-2000) vedlegg 1.

¹²⁷ I den retning Fougner mfl. (2013), kommentarer til § 1-7 s. 5 av 6. Det kan også utledes av «account» i den engelske språkversjonen.

¹²⁸ Se listen i utsendingsforskriften § 2 bokstav a.

¹²⁹ Om utsendingsdirektivets forhold til denne bestemmelsen og vikarbyrådirektivet, se ovenfor i 3.1.4.

3.2.3 Utsendingsforskriften

Utsendingsforskriften er som nevnt et ledd i Norges gjennomføring av utsendingsdirektivet. Forskriften er vedtatt i medhold av ulike lovbestemmelser om arbeid, inkludert arbeidsmiljøloven § 1-7 (4) og allmenngjøringsloven § 2 nr. 1 annet pkt. Virkeområdet er ifølge § 1 situasjoner hvor utenlandsk virksomhet sender arbeidstaker til Norge i forbindelse med tjenesteytelse, gitt at det foreligger et arbeidsforhold mellom den utsendte arbeidstakeren og den utenlandske virksomheten i utsendingsperioden. Dette samsvarer med direktivets anvendelsesområde etter art. 1 nr. 1 og 3.

Paragraf 2 fastslår hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår som skal gjelde for utsendte arbeidstakere. Dette omfatter etter første ledd en samling bestemmelser fra ulike lover, inkludert arbeidsmiljøloven og ferieloven, som ikke gjelder lønn. Av annet ledd følger det at bestemmelser om lønn som er allmenngjort etter allmenngjøringsloven, skal gjelde for utsendte arbeidstakere dersom arbeidsforholdet faller innunder allmenngjøringsvedtakets anvendelsesområde. Hvis en utsendt arbeidstaker er omfattet av gunstigere vilkår etter utsendingsstatens rett eller avtale, kommer disse til anvendelse isteden, jf. tredje ledd. Det samsvarer med direktivets art. 3 nr. 7 første ledd.

4 EØS-rettslige grenser

4.1 Generelt

I det følgende vil avhandlingens hovedproblemstilling drøftes, nemlig hvilke begrensninger EØS-avtalens regler om fri bevegelighet for tjenester og utsendingsdirektivet innebærer for hva som kan utgjøre minstelønn for utsendte arbeidstakere i Norge. Spørsmålet er sammensatt, og er derfor oppdelt i tre. Det første delspørsmålet er hvilke grenser for den nasjonale definisjonen av minstelønn som kan utledes av direktivet. Det andre delspørsmålet er hvorvidt EØS-avtalens art. 36 har anvendelse for den nasjonale fastsettelsen av minstelønn. Det tredje delspørsmålet er hvilke grenser som i så fall følger av EØS-avtalens art. 36 for hva som kan utgjøre minstelønn.

4.2 Minstelønnsdefinisjonen

4.2.1 Innledning

Spørsmålet om hvilke elementer som kan inngå i definisjonen av minstelønnsen, ble av Barnard referert til som «the vexed question of pay».¹³⁰ Det kan med andre ord beskrives som en innfløkt og komplisert problemstilling, hvor rettstilstanden på flere punkter kan virke usikker.

¹³⁰ Barnard (2011) s. 18. Catherine Barnard er omtalt som en av de ledende ekspertene på feltet, jf. Baudenbacher (2013) s. 526.

Utgangspunktet er likevel enkelt: Definisjonen av minstelønn er ifølge utsendingsdirektivet art. 3 nr. 1 i utgangspunktet overlatt til «national law and/or practice». Direktivet inneholder altså ikke en entydig, positiv definisjon av minstelønn. Heller ikke i norsk rett fins en entydig definisjon. Et generelt utgangspunkt er som nevnt at begrepet viser til det laveste nivået av lønn som en arbeidstaker har krav på.¹³¹

Som lønn generelt kan minstelønn i EØS-statenes interne rett vise til mange forskjellige former for ytelser. Minstelønningen kan være basert på en bestemt periode (for eksempel måned eller time). Den kan være beregnet etter prestasjon, for eksempel på akkordbasis.¹³² Det kan være satt en felles takst for alle arbeidstakere i en bransje, eller takstene kan variere utfra ulike kriterier – som yrke, kompetanse, stillingstype osv. (lønnsklasser). Det er dessuten vanlig at ulike tillegg og bonuser inngår i den gjeldende minstelønningen.¹³³ På denne bakgrunn uttalte generaladvokat Nils Wahl (i sin innstilling i Sähköalojen¹³⁴) at, med hensyn til nasjonalstatenes skjønnsmyndighet over minstelønnsdefinisjon, synes det ikke ønskelig å gi en «positive, global definition [...] by judicial construction» av minstelønn i direktivets forstand. Hva som omfattes av begrepet, må isteden vurderes fra sak til sak.¹³⁵ Det er også denne tilnærmingen som har vært anvendt i rettspraksis.

Selv om definisjonen av minstelønn som hovedregel er overlatt til nasjonal rett, inneholder utsendingsdirektivet likevel visse kriterier og retningslinjer for definisjonen. Det kan også virke som det følger begrensninger av EU-domstolens (og EFTA-domstolens) praksis, som ikke har en like tydelig forankring i direktivet. Kriteriene med klare forankring i direktivet, vil behandles først.

4.2.2 «Minimum rates of pay»

For det første er det veiledende for definisjonen at det er fastsettelsen av «*the minimum rates of pay*» (mine uthevninger) som er overlatt til nasjonalstatens rett eller praksis.¹³⁶ Dette tilsier at lønn som ikke kan anses som minimumssatser, heller ikke kan inkluderes i minstelønnsbegrepet. Det kan imidlertid være uklart hvilken sats som i det enkelte tilfellet skal anses som minstesatsen.¹³⁷

¹³¹ Ovenfor i 1.2.

¹³² Jakhelln (2007) s. 325.

¹³³ Generaladvokatens innstilling i Sähköalojen, avsnitt 78.

¹³⁴ Case C-396/13.

¹³⁵ Avsnitt 78.

¹³⁶ Utsendingsdirektivet art. 3 nr. 1 annet ledd.

¹³⁷ Se Evju (2009) s. 266.

I Laval uttalte domstolen at visse betingelser¹³⁸ i den tariffavtalen fagforeningen krevde at den utenlandske tjenesteyteren skulle undertegne, ikke gjaldt minstesatser. Betingelsene fulgte imidlertid verken av svensk lovgivning eller allmenngjort tariffavtale, og kunne derfor uansett ikke få anvendelse.¹³⁹ I Luxemburg fastslo EU-domstolen at en automatisk levekostnadsjustering av lønnsatser som ikke var minstesatser, ikke var forenlig med art. 3 nr. 1 bokstav c.¹⁴⁰

Etter noen lønnsbestemmelser kan det gjelde ulike minstesatser for ulike lønnsklasser. Klassene kan være basert på ulike kriterier, f.eks. kvalifikasjoner, utdanning og/eller arbeidets art.¹⁴¹

Forskjeller mellom satser kan også følge av at de beregnes etter ulike lønssystemer. I tidlønnssystemer beregnes lønnen etter tid, for eksempel per time eller måned. I akkordsystemer varierer hele eller deler av lønnen utfra resultat eller ytelse, for eksempel antall produserte enheter, antall oppdrag el.¹⁴²

Dersom lønnsbestemmelser som anvendes for utsendte arbeidstakere, inneholder ulike minstesatser basert på lønnsklasse, oppstår spørsmålet om hver av de ulike satsene utgjør minstelønn i direktivets forstand, eller om det kun gjelder den laveste av dem. Dette spørsmålet kan også oppstå dersom det følger av bestemmelsene at arbeidstakerne kan velge mellom den minste timesatsen og den minste akkordsatsen.

Begge disse spørsmålene var til behandling i EU-domstolens tolkningsuttalelse i Sähköalojen.¹⁴³ Saken gjaldt en tvist mellom en finsk fagforening og et polsk firma (ESA) som hadde utsendt arbeidstakere til sin avdeling i Finland. Noen av arbeidstakerne mente de hadde fått utbetalt for lite i minstelønn, og en fagforening fremmet saken deres for en finsk domstol. Et av hovedspørsmålene som ble forelagt EU-domstolen, var om visse ytelser var omfattet av begrepet minstelønn («minimum rates of pay») etter art. 3 nr. 1.¹⁴⁴

Arbeidsgiveren betalte arbeidstakerne den laveste timesatsen. Fagforeningen krevde at de skulle få tilbud om å lønnes etter den laveste akkordsatsen.¹⁴⁵ Domstolen slo først fast at definisjonen av minstelønn etter art. 3 nr. 1 bokstav c var et anliggende for nasjonal lovgivning

¹³⁸ Inkludert et særlig byggetillegg som skulle betales til et forsikringsselskap.

¹³⁹ C-341/05 (avsnittene 79-80, 83).

¹⁴⁰ Case C-319/06 (avsnittene 45-48).

¹⁴¹ Case C-396/13 (avsnitt 43). Til illustrasjon: Forskrift 27 november 2014 § 3 jf. § 2 – hvor det skilles mellom tre lønnsklasser utfra ulike kriterier, jf. nedenfor.

¹⁴² Jakhelln 2007 s. 329-332.

¹⁴³ Case C-396/13.

¹⁴⁴ Avsnitt 27.

¹⁴⁵ Generaladvokatens innstilling i Sähköalojen (avsnitt 20).

og/eller praksis. Den uttalte så at det følger av dette at hvilket system som benyttes for beregningen av minstelønnen, også er et spørsmål som hører under mottakerstatens kompetanse. Det kunne ikke bero på arbeidsgiverens frie valg hvilket avlønningssystem som ble valgt, utfra et motiv om å ha lavest mulige lønnskostnader. Dette gjelder imidlertid kun hvis bestemmelsene om dette er bindende og tilstrekkelig klare og tilgjengelige («transparent»).

Etter de allmenngjorte tariffbestemmelsene skulle arbeidstakerne også plasseres i ulike lønnsklasser med ulike minstelønnsatser. Domstolen kom til at direktivet heller ikke var til hinder for dette, så framt bestemmelsene var bindende og tilstrekkelig klare og tilgjengelige.

Domstolens standpunkt i disse spørsmålene er ikke i overenstemmelse med generaladvokatens innstilling i saken. Hans syn var at begrepet minstelønn forutsetter at dersom gjeldende tariffavtalebestemmelser opererer med ulike minstesatser for lønn, har arbeidstakerne kun krav på den laveste satsen.

Avgjørelsen av disse spørsmålene i Sähköalojen har betydning for Norge, ettersom norske allmenngjøringsforskrifter inneholder bestemmelser hvor arbeidstakerne er inndelt i lønnsklasser. Et eksempel er forskriften om delvis allmenngjøring av Industriooverenskomsten/VO-delen for skips- og verftsindustrien. I § 3 første ledd om timelønn er det angitt tre ulike minstelønnsatser for henholdsvis fagarbeidere, spesialarbeidere og hjelpearbeidere. Definisjonen av de tre klassene fins i § 2, og er basert på kriterier som formell utdanning, kompetanse, erfaring og alder. På bakgrunn av dommen i Sähköalojen synes forskriftens angivelse av ulike satser ikke å være i strid med utsendingsdirektivet.

4.2.3 Overtidsbetaling. Avgrensning mot yrkesbasert tilleggspensjon

For det andre er det spesifisert i art. 3 nr. 1 c at begrepet omfatter minstesatser for overtidsbetaling. Dette er en av ytelsesformene som ble vurdert i verftssaken. Høyesterett kom her til at et overtidstillegg utgjorde minstelønn. Forskriften ble tolket slik at overtidsbetalingen skulle beregnes utfra tariffavtalens minstesatser. Selv om det ikke ble nevnt i domsslutningen, synes det dermed å følge av ordene «minimum rates» i art. 3 nr. 1 c at dette kan utgjøre en del av minstelønnen.

¹⁴⁶ Case C-396/13 (avsnittene 38-42).

¹⁴⁷ Case C-396/13 (avsnittene 43-44).

¹⁴⁸ Generaladvokatens innstilling i Sähköalojen (avsnittene 76 og 81).

¹⁴⁹ Forskrift 27 november 2014, videreført utgave av den omtvistede forskriften i verftssaken (Rt. 2013 s. 258).

¹⁵⁰ Rt. 2013 s. 258 (referat ovenfor i 3.2.1).

¹⁵¹ Avsnittene 131-135.

For det tredje avgrenser art. 3 nr. 1 c mot yrkesbaserte tilleggspensjonsordninger.¹⁵²

4.2.4 «Allowances specific to the posting» mv.

Det kan synes mer uklart hva art. 3 nr. 7 annet ledd innebærer for den nasjonale kompetansen til å fastsette minstelønn. Her er det for det første fastslått at «[a]llowances specific to the posting» som hovedregel skal anses som del av minstelønnen. Det kan sluttet fra ordlyden at det dreier seg om ytelser som har sammenheng med at en arbeidstaker er utsendt. Om disse ytelsene utgjør “reimbursement [refusjon] of expenditure actually incurred on account of the posting, such as expenditure on travel, board and lodging”, skal de derimot ikke anses som del av minstelønnen.

Det ble tatt stilling til betalingsytelser av begge disse typene i Sähköalojen.¹⁵³ For det første ble en fast daglig utbetaling (utsendingstillegg) som i henhold til allmenngjorte tariffbestemmelser skulle betales til de utsendte arbeidstakerne, ansett å være en ytelse som var spesiell for utsendingen. Dette fordi den hadde til formål å sikre arbeidstakernes sosiale trygghet ved å kompensere for ulemper som fulgte av utsendingen.¹⁵⁴ På den bakgrunn ble det konstatert at den utgjorde en del av minstelønnen. Videre ble kompensasjon for daglig reisetid (reisetillegg) ansett som en ytelse spesiell for utsendingen, og derfor en del av minstelønnen.¹⁵⁵

En ytelse som tilsvare utsendingstillegget i Sähköalojen, var også til behandling i verftssaken¹⁵⁶. Det gjaldt et tillegg for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet var nødvendig (utenbystillegg). Høyesterett viste imidlertid ikke til art. 3 nr. 7 annet ledd, (noe EFTA-domstolen heller ikke gjorde)¹⁵⁷ men kom til at tillegget kunne regnes som minstelønn etter læren om tvingende allmenne hensyn.¹⁵⁸

Hensynet bak unntaket i art. 3 nr. 7 annet ledd – som altså utelukker kompensasjonsformer som er spesielle for utsendingen fra å kunne regnes som minstelønn, dersom de utgjør refusjon av faktisk påløpte ytelser – er å sikre arbeidstakeren mot ikke å få sin lønn uforholdsmessig redusert som følge av utsendingen.¹⁵⁹ Bestemmelsen regulerer hva slags utbetalinger som kan tas med i beregningen av om minstelønnen er betalt. Dersom en arbeidsgiver refunderer

¹⁵² Engelsk språkversjon: «supplementary occupational retirement pension schemes», norsk oversettelse: «supplerende yrkesbaserte pensjonsordninger».

¹⁵³ Case C-396/13 (avsnittene 46-57).

¹⁵⁴ Avsnittene 47-50.

¹⁵⁵ Avsnittene 56-57.

¹⁵⁶ Rt. 2013 s. 258.

¹⁵⁷ Sak E-2/11 (Avsnitt 67 flg.).

¹⁵⁸ Avsnitt 103 flg.

¹⁵⁹ Generaladvokatens innstilling i Sähköalojen (avsnitt 112), med tilslutning I Sähköalojen (avsnitt 60). Baudenbacher (2013) s. 527-528.

utgifter som den utsendte arbeidstakeren har hatt, og dette beløpet i mottakerstaten blir ansett for å inngå i betalingen av minstelønn, ville arbeidstakeren i realiteten sitte igjen med et lavere beløp enn minstelønningen. Det er dette bestemmelsen er ment å forhindre.

En av de omtvistede ytelsene i verftssaken var dekning av utgifter til reise, kost og losji. Høyesterett argumenterte i et obiter dictum for at det var adgang til å definere slik kompensasjon som minstelønn.¹⁶⁰ Om unntaket i art. 3 nr. 7 annet ledd uttalte retten følgende:

Det er vanskelig å forstå denne regelen på annen måte enn at minstelønn ikke kan anses for å være betalt ved å dekke arbeidstakerens utgifter ved utsendingen, slik som reise, kost og losji. Dersom den type kompensasjonsbestemmelser vi her står overfor ikke kan allmenngjøres og den utsendte arbeidstakeren derfor må betale kostnadene selv, er resultatet de facto [...] at arbeidstakeren ikke oppnår minstelønningen. Det er derfor svært nærliggende å forstå artikkel 3 nr. 7 annet ledd slik at den bygger på en forutsetning om at denne utgiftsdekningen er minstelønn i direktivets forstand som kan allmenngjøres.¹⁶¹

Dette kan virke selvmotsigende. Retten uttaler først at dekning av slike utgifter ikke kan anses som betaling av minstelønn. Dette samsvarer med den forståelsen av bestemmelsen som er lagt til grunn ovenfor. Deretter konstaterer retten at dekning av denne utgiften er minstelønn i direktivets forstand, noe som begrunnes med at bestemmelsen forutsetter dette. Dette synes å være logisk umulig. Dersom dekning av utgiften er minstelønn, kan ikke dekningen utelukkes fra å anses som betaling av minstelønn.

Dersom uttalelsene ikke tolkes helt ordrett, er det imidlertid mulig å forstå Høyesteretts syn slik at direktivet ikke hindrer allmenngjøring av en plikt til å dekke slike utgifter. Samtidig skal dekningen av utgiftene ikke tas med i beregningen av om (de øvrige) komponentene i minstelønningen er betalt. Dette samsvarer med intensjonen om å sørge for at arbeidstakeren ikke får sin lønn uforholdsmessig redusert. Dersom direktivet forhindrer mottakerstaten fra å pålegge utsendingsforetaket en plikt til utgiftsdekning, vil arbeidstakeren kun ha rett til å få sine utgifter dekket i den grad dette følger av kontrakten med arbeidsgiveren eller av andre regler som måtte komme til anvendelse.¹⁶²

¹⁶⁰ Avsnittene 143-155.

¹⁶¹ Avsnitt 154.

¹⁶² Deriblant hensynet til offentlig orden, art. 3 nr. 10.

Retten tok imidlertid ikke endelig stilling i dette spørsmålet, da den kom til at vilkårene uansett kunne gjøres gjeldende utfra hensynet til offentlig orden.¹⁶³

I Sähköalojen var det spørsmål om dekning av boutgifter (pålagt i en allmengjort bestemmelse) og måltider (ikke pålagt i en slik bestemmelse) kunne inngå i minstelønnen. Arbeidsgiveren hadde allerede betalt for utgiftene. Domstolen kom til at ingen av ytelsene kunne inkluderes. Det ble vist til at intensjonen med bestemmelsen om refusjon i art. 3 nr. 7 annet ledd ikke tillot betaling av slike ytelser å bli inkludert i beregningen av deres minstelønn.

Dette ser altså ut til å innebære at begrepet minstelønn etter art. 3 nr. 1 bokstav c, ikke omfatter refusjon av slike utgifter. Dette kan synes å tilbakevise Høyesteretts syn i det nevnte obiter dictum i verftssaken. Som nevnt tidligere kan det også tenkes å føre til at utsendte arbeidstakere selv må dekke utgifter de har i forbindelse med utsendingen.¹⁶⁴

4.2.5 Andre kriterier

Det fins også holdepunkter i rettspraksis som kan tyde på at begrepet minstelønn har øvrige avgrensninger, som synes å mangle en like klar forankring i direktivet som de ovennevnte.

I EU-domstolens tolkningsuttalelse i Isbir¹⁶⁵ ble det i den forbindelse uttalt at

only the elements of remuneration which do not alter the relationship between the service provided by the worker, on the one hand, and the consideration that he receives in return, on the other, can be taken into account in determining the minimum wage within the meaning of Directive 96/71.¹⁶⁶

I utgangspunktet virker det noe uklart hva som ligger i denne formuleringen. Den kan imidlertid synes å innebære en sontring mellom kompensasjon for selve arbeidsytelsen, og ytelser som kompenserer for noe annet eller har andre formål.¹⁶⁷ Et typisk eksempel på det førstnevnte er minstebetaling per time. Eksempler på det sistnevnte kan tenkes å være lønnstillegg eller

¹⁶³ Art. 3 nr. 10. EFTA-domstolen stilte seg negativ til denne muligheten, Sak E-2/11 (avsnitt 101). Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 155).

¹⁶⁴ På den annen side står ikke dommen i Sähköalojen uttrykkelig i veien for at en adgang til å allmenngjøre en plikt til slik utgiftsdekning, følger forutsetningsvis av art. 3 nr. 7 annet ledd tolket i lys av sin intensjon (slik Høyesterett muligens kan forstås å ta til orde for).

¹⁶⁵ Case C-522/12. En tysk arbeidstaker (Isbir) mente han ikke hadde fått utbetalt det beløpet han hadde krav på i minstelønn. Arbeidsgiveren hevdet på sin side at arbeidstakeren allerede hadde mottatt mer enn minstelønnsbeløpet, ettersom han hadde fått utbetalt en fast sum og et bidrag til opparbeidelse av kapital. Med sikte på å løse dette spørsmålet, sendte den nasjonale domstolen en anmodning til EU-domstolen for å få en avklaring av om disse elementene kunne inngå i minstelønnsbegrepet (avsnitt 26).

¹⁶⁶ Avsnitt 40.

¹⁶⁷ Generaladvokatens innstilling i Sähköalojen (avsnittene 70-73).

særlige ytelser som er knyttet til spesielle omstendigheter arbeidet utføres under, eller som kun er begrunnet i hensynet til arbeidstakers sosiale trygghet, i motsetning til å lønne arbeid. Slike ytelser vil altså kunne anses å innebære en endring av det normale forholdet mellom arbeidsytelsen og motytelsen.

Retningslinjen for minstelønnsdefinisjonen i Isbir er hentet fra avgjørelsen i *Commission v. Germany*. Her var det imidlertid uttalt at den refererer til ytelser «which are not defined as being constituent elements of the minimum wage» i mottakerstaten.¹⁶⁸ EU-kommisjonen hadde reist traktatbruddssøksmål mot Tyskland på grunnlag av manglende overholdelse av utsendingsdirektivet og friheten til å yte tjenester.¹⁶⁹ Saken handlet imidlertid ikke om kompetansen til å fastsette innholdet i minstelønnten etter direktivet, men derimot om beregningen av om minstelønnten var betalt.¹⁷⁰ Spørsmålet var hvilke lønnselementer som skulle tas i betraktning for å bedømme hvorvidt arbeidstakere faktisk hadde fått utbetalt en lønn som tilsvarte det fastsatte minstelønnsnivået. Tyskland ble kun dømt for unnlatelsen av å ta i betraktning elementer som ikke endrer forholdet mellom arbeidsytelse og motytelse.¹⁷¹ Intensjonen med dette var, i likhet med unntaket i art. 3 nr. 7 annet ledd, å unngå at arbeidstakeren i realiteten ikke får tilstrekkelig kompensasjon for arbeidet.¹⁷²

I Isbir ser det som nevnt ut til at domstolen benyttet rettssetningen fra denne dommen til å avgrense EØS-landenes kompetanse til å definere minstelønn.

Domstolen kom til at direktivet ikke utelukket at de faste utbetalingene kunne anses som minstelønn. Det forutsatte imidlertid at tariffpartenes intensjon med utbetalingene hadde vært å forhøye lønnen for vanlig arbeid (noe som ikke ville innebære at forholdet mellom ytelse og motytelse ble endret).¹⁷³

Utfra den nasjonale domstolens beskrivelse, kunne derimot ikke kapitalbidraget regnes som et element i minstelønnten. Det ble uttalt at dette bidraget ikke var lønn i egentlig forstand.¹⁷⁴ En grunn til dette var at bidraget måtte anses å ha et sosial- eller finanspolitisk formål ved at det skulle skape formue for arbeidstakerne. Videre talte det mot å anse kapitalbidraget som minstelønn at det var subsidiert av staten, og at arbeidstakerne først fikk rådighet over bidragene

¹⁶⁸ Case C-341/02 (avsnitt 39).

¹⁶⁹ Avsnitt 1.

¹⁷⁰ Avsnitt 18 flg. Generaladvokatens innstilling i *Sähköalojen* (avsnitt 71).

¹⁷¹ Case C-341/02 (avsnitt 43).

¹⁷² Generaladvokatens innstilling i *Sähköalojen* (avsnitt 113). Case C-341/02 (avsnittene 39-40).

¹⁷³ Avsnitt 42.

¹⁷⁴ Særlig tydelig i den danske språkversjonen («udgør [...] ikke løn i egentlig forstand»), og den franske («se distinguer du salaire proprement dit»), avsnitt 44.

etter flere år. Både ytelsens formål og kjennetegn talte følgelig mot å anse den som del av det vanlige forholdet mellom arbeidsytelse og motytelse.¹⁷⁵

Den endelige vurderingen av begge ytelsene ble imidlertid overlatt til den nasjonale domstolen.

På denne bakgrunn kan det konstateres at EU-domstolen i *Isbir* synes å ha oppstilt et kriterium for definisjonen av minstelønn.¹⁷⁶ Domstolen kan i så måte sies å ha foretatt en innskrenkende tolkning av mottakerstatenes kompetanse til å definere minstelønn etter direktivets art. 3 nr. 1 annet ledd.

Dette avgrensningskriteriet ble kritisert i generaladvokatens innstilling i *Sähköalojen*. Generaladvokaten anså det ikke som «a workable yardstick» for å fastslå hvor vid kompetanse medlemsstatene har til å definere minstelønnsbegrepet. Etter hans syn bygde kriteriet på et kunstig skille mellom ulike former for kompensasjon. Begrunnelsen var for det første at kompensasjon for en arbeidsytelse nødvendigvis representerer et motstykke til arbeidsytelsen. For det andre er overtidsbetaling uttrykkelig definert som del av minstelønn i henhold til art. 3 nr. 1 bokstav c. Som generaladvokaten påpeker, er det vanskelig å anse slik betaling for å være knyttet til selve arbeidet som utføres, og ikke til omstendighetene det utføres under.¹⁷⁷

I *Sähköalojen* ble det (med henvisning til *Isbir* og *Commission v. Germany*) igjen konstatert at betalingsytelser som ikke er definert som minstelønn i nasjonal rett, og som endrer forholdet mellom arbeidsytelsen og motytelsen, ikke kan anses som elementer i minstelønnen i tråd med direktivet.¹⁷⁸ Det er utfra dette uklart om det samme gjelder der denne typen ytelser er definert som minstelønn i nasjonal rett. Hvis ikke vil ikke uttalelsen ha noen begrensende effekt på mottakerstatens frihet til å fastsette minstelønn for utsendte arbeidstakere.

Både utsendingstillegget og reisetillegget i *Sähköalojen* har tilknytning til omstendigheter ved utsendingen og arbeidstakerens personlige situasjon, og kan derfor anses å endre det vanlige forholdet mellom arbeidsytelsen og kompensasjonen for denne.¹⁷⁹ At domstolen likevel aksepterte ytelsene, kan betraktes som en indikasjon på at den forkastet kriteriet fra *Isbir*. Alternativt kan årsaken ha vært at ytelsene ble ansett som «[a]llowances specific to the posting»,

¹⁷⁵ Avsnittene 43-44, 27.

¹⁷⁶ I samme retning Barnard (2013) s. 20 og fotnote 98.

¹⁷⁷ Nemlig at det utføres utover ordinær arbeidstid. Generaladvokatens innstilling i *Sähköalojen* (avsnittene 72-73).

¹⁷⁸ Avsnitt 36.

¹⁷⁹ Avsnitt 90.

som art. 3 nr. 7 annet ledd uttrykkelig inkluderer i minstelønnen.¹⁸⁰ I så fall er ikke godkjenningen av tilleggene til hinder for at Isbir-kriteriet kan ha betydning for andre typer ytelser.

Det kan også spørres hva det innebærer for Isbir-kriteriets fortsatte betydning at domstolen godkjente ulike minstesatser basert på inndeling i ulike lønnsklasser. Noen av kriteriene for inndelingen, for eksempel arbeidstakernes kvalifikasjoner og erfaring, kan heller synes å ha tilknytning til personlige egenskaper ved arbeidstakerne enn til arbeidsytelsen.¹⁸¹ Det samme kan for så vidt sies om vektleggingen av formell utdanning i den norske allmenngjøringsforskriften for skips- og verftsindustrien.¹⁸²

Hvorvidt det fortsatt gjelder et vilkår om at mottakerstatenes definisjon av minstelønn ikke kan inkludere ytelser som endrer forholdet mellom arbeidsytelse og motytelse, må etter dette betraktes som usikkert. Det samme gjelder hvilke nærmere bestemte ytelser som i så fall omfattes. En eventuell avklaring av spørsmålene må finne sted i framtidig rettspraksis, i første rekke i EU-domstolen.

Det kan til slutt nevnes at EFTA-domstolen i verftssaken ser ut til å bygge på at nasjonalstatenes kompetanse til å definere minstelønn, er begrenset utover det som følger klart av direktivteksten. Når det gjaldt dekning av utgifter til reise, kost og losji, uttalte domstolen at disse «kan ikke omfattes av begrepet lønn i artikkel 3 nr. 1 i direktivet, da de av natur er kompensasjon for nødvendige utgifter som er påløpt på grunn av utsendingen».¹⁸³ Dette kan oppfattes å bygge på samme prinsipp som i art. 3 nr. 7 annet ledd, hvor minstelønnsbegrepet er avgrenset mot refusjon av den typen.¹⁸⁴ Domstolen henviste imidlertid ikke til den bestemmelsen.

4.2.6 Oppsummering

Det er etter dette usikkert nøyaktig hvilke grenser som kan utledes av direktivet for hva som i mottakerstaten kan defineres som minstelønn for utsendte arbeidstakere. Hovedregelen står imidlertid fast, nemlig at definisjonen er et anliggende for nasjonal rett og/eller praksis.

4.3 Har EØS-avtalens art. 36 anvendelse for innholdet av minstelønnen?

4.3.1 Problemstilling

Utover de kriteriene som kan utledes av direktivet og rettspraksis, er definisjonen av minstelønn i henhold til art. 3 nr. 1 annet ledd altså overlatt til nasjonal rett og/eller praksis i mottakerstaten. Samtidig er det på det rene at Norges nasjonale rett må være i overensstemmelse

¹⁸⁰ Avsnitt 33, lest i sammenheng med avsnittene 31-32, kan underbygge en slik tolkning.

¹⁸¹ Case C-396/13 (avsnitt 43).

¹⁸² Forskrift 27 november 2014, § 2 annet ledd.

¹⁸³ E-2/11 (avsnitt 97).

¹⁸⁴ Barnard (2013) s. 10.

med reglene i EØS-avtalens hoveddel. Dermed oppstår spørsmålet om i hvilken grad norske minstelønnsbestemmelser for utsendte arbeidstakere i Norge også må vurderes opp mot EØS-avtalens art. 36 og den tilhørende læren om tvingende allmenne hensyn.

Dette åpner for to motstående alternativer. Det første alternativet er at minstelønnen – utover å være underlagt de kriteriene og avgrensningene for definisjonen som følger av direktivet – kun er bestemt av nasjonal rett og/eller praksis isolert sett, slik at det ikke skal foretas en vurdering etter art. 36. Dette synes å måtte innebære at direktivets art. 3 nr. 1 bokstav c betraktes som en totalharmoniseringsbestemmelse, med det innhold at utsendte arbeidstakere har krav på det som er ansett som minstelønn i mottakerstaten,¹⁸⁵ uavhengig av i hvilken grad dette vil hindre den frie bevegelse for tjenester.¹⁸⁶ Det motsatte alternativet er at nasjonale minstelønnsbestemmelser, i alle fall i en viss utstrekning, må prøves etter art. 36 og læren om tvingende allmenne hensyn, i tillegg til å være underlagt direktivets bestemmelser.

Spørsmålet er aktualisert av Høyesteretts dom i verftssaken, hvor retten over flere avsnitt argumenterte mot at art. 36 kommer til anvendelse.¹⁸⁷

Det fins en rekke uttalelser og synspunkter med relevans for spørsmålet i rettspraksis, juridisk teori og andre kilder. Uttalelser i EU-domstolens rettspraksis vil bli gjennomgått først. Deretter vil EFTA-domstolens og Høyesteretts motstridende oppfatninger om dette i verftssaken behandles. Til slutt presenteres visse andre argumenter.

4.3.2 EU-domstolens rettspraksis

I *Commission v. Germany* ble det uttrykkelig uttalt at ifølge etablert praksis i EU-domstolen, må anvendelsen av mottakerstatens minstelønnsbestemmelser for utsendte arbeidstakere være i samsvar med vilkårene i læren om tvingende allmenne hensyn.¹⁸⁸ Det påfølgende avsnittet kan imidlertid gjøre det uklart hvorvidt det fortsatt skal foretas en vurdering etter læren om tvingende allmenne hensyn etter ikrafttreddelsen av utsendingsdirektivet. Der uttales det at den rettspraksisen som det ble referert til i forrige avsnitt, «is enshrined in Article 3(1)(c) of Directive 96/71». Dette åpner for at denne rettspraksisen ikke lenger har selvstendig betydning ved anvendelsen av art. 3 nr. 1. Nærmere bestemt kan uttalelsen forstås slik at anvendelsen av nasjonale minstelønnsregler i samsvar med art. 3 nr. 1 skal regnes for ikke å utgjøre en restriksjon etter EØS-avtalens art. 36, slik at det heller ikke er rom for en vurdering etter læren

¹⁸⁵ Forutsatt at de er gjort gjeldende på riktig måte etter direktivet, ovenfor i 3.1.4.

¹⁸⁶ Se ovenfor i 2.1. Statens anførsler og uttalelser av Høyesterett i verftssaken kan tolkes som uttrykk for en slik betraktning, Rt. 2013 s. 258 (avsnittene 45 og 99).

¹⁸⁷ Rt. 2013 s. 258 (avsnittene 96-103).

¹⁸⁸ Case C-341/02 (avsnitt 24).

om tvingende allmenne hensyn. Ikke noen av avgjørelsene det ble henvist til, besvarer spørsmål om brudd på direktivets art. 3, noe som åpner for en slik tolkning.

Som nevnt gjaldt *Comission v. Germany* heller ikke spørsmålet om hva som kunne utgjøre minstelønn, men derimot hvilke ytelser som skulle tas med i beregningen av om det var betalt et beløp som tilsvarte minstelønnen. Det var dermed ikke aktuelt å foreta noen vurdering av minstelønnsytelser etter tjenestefriheten.

Også i *Laval* ble det uttalt, med henvisning til blant annet *Comission v. Germany*, at EU-retten ikke er til hinder for å gjøre mottakerstatens minstelønnsbetingelser gjeldende for utsendte arbeidstakere, men at anvendelsen av dem er underlagt vilkårene i læren om tvingende allmenne hensyn.¹⁸⁹ I det etterfølgende avsnittet er det uttalt at utsendingsdirektivet ble vedtatt «in that context», med sikte på å fastslå hvilke arbeids- og lønnsvilkår som skulle gjelde i forholdet mellom de utsendte arbeidstakerne og utsendingsforetaket.

Også dette synes å åpne for den tolkningen at minstelønnsbestemmelsene, etter utsendingsdirektivets ikrafttredelse, ikke lenger skal vurderes opp mot traktatreglene om tjenestefrihet. På den annen side kan dette virke mindre nærliggende enn utfra formuleringen i *Comission v. Germany* om at den eldre rettspraksisen «is enshrined» i direktivets art. 3 nr. 1 bokstav c.

Videre ble det uttalt at utsendingsdirektivet ikke harmoniserer «the material content» i de obligatoriske reglene om minstevilkår for utsendte arbeidstakere. Medlemsstatene kan dermed fritt definere dette innholdet, «in compliance with the Treaty and the general principles of Community law».¹⁹⁰

Sett i sammenheng kan disse uttalelsene fra *Laval* tale for at innenfor det området hvor mottakerstaten står fritt til å bestemme hva som skal utgjøre minstelønn, gjelder likevel de grensene som følger av den frie bevegelse for tjenester og læren om tvingende allmenne hensyn. Dette innebærer i så fall at art. 36 har anvendelse for hva som kan utgjøre minstelønn for utsendte arbeidstakere.

Ettersom det i sakens tilfelle ikke forelå tilstrekkelig presise og tilgjengelige bestemmelser om minstelønn i det nasjonale rettssystemet, var det imidlertid ikke aktuelt å vurdere nasjonale minstelønnsbestemmelser opp mot tjenestefriheten og læren om tvingende allmenne hensyn i saken.

¹⁸⁹ Case C-341/05 (avsnitt 57).

¹⁹⁰ Avsnitt 60.

I Isbir ble det uttalt at fastsettelsen av hvilke elementer som utgjør minstelønn, bare er opp til nasjonal rett i den utstrekning “that definition does not have the effect of impeding the free movement of services between Member States”.¹⁹¹ Formuleringen synes å måtte forstås slik at restriksjonsforbudet i art. 36 begrenser hva slags ytelser som kan defineres som minstelønn for utsendte arbeidstakere. Dette vil med andre ord si at art. 36 har selvstendig anvendelse for fastsettelsen av minstelønn.

Det kan likevel etterlate en viss tvil om denne forståelsen at domstolen – i sin anvisning til den nasjonale domstolen på hvilke vurderinger denne måtte foreta for å avgjøre de konkrete spørsmålene i saken – ikke påpekte at det måtte vurderes om minstelønnsbestemmelsene var en restriksjon på adgangen til å yte tjenester.¹⁹² Den bemerket kun at det måtte vurderes hvorvidt ytelsene som var definert som minstelønn, endret forholdet mellom arbeidsytelsen på den ene siden og motytelsen på den andre. Dersom en vurdering med utgangspunkt i restriksjonsforbudet også måtte foretas, kunne det vært naturlig å nevne det i dommens konklusjon.

I Sähköalojen gjentok domstolen oppfatningen fra Isbir om at minstelønnsdefinisjonen beror på nasjonal rett, men kun i den utstrekning definisjonen ikke virker hindrende på den frie bevegelse for tjenester.¹⁹³

Som omtalt ovenfor var et av spørsmålene hvorvidt mottakerstaten hadde adgang til å operere med minstesatser for timebetaling og/eller akkordbetaling som var basert på inndeling av arbeidstakere i ulike lønnsklasser. Domstolen kom til at art. 3 nr. 1, «read in the light of Articles 56 TFEU and 57 TFEU», ikke var til hinder for dette.¹⁹⁴ Henvisningen til traktatbestemmelsene kan tolkes slik at TFEU art. 56 fikk anvendelse på de aktuelle minstelønnsbestemmelsene, men at disse ikke ble betraktet som restriksjoner på tjenestefriheten (eller eventuelt at de ble ansett opplagt å være begrunnet i allmenne hensyn).¹⁹⁵ I så fall kan uttalelsen tale for at art. 36 har anvendelse i tillegg til direktivet for minstelønnsfastsettelsen i mottakerstaten. Etersom domstolen verken omtaler restriksjonsforbudet eller tvingende allmenne hensyn, kan det likevel virke uklart hvordan domstolen på dette punktet har resonnert om forholdet til disse reglene.

Domstolen kom som nevnt også til at utsendingstillegget og reisetillegget var elementer i minstelønnen.¹⁹⁶ I bedømmelsen av dette ble forholdet til tjenestefriheten ikke nevnt overho-

¹⁹¹ Case C-522/12 (avsnitt 37).

¹⁹² Case C-522/12 (avsnitt 45).

¹⁹³ Case C-396/13 (avsnitt 34).

¹⁹⁴ Såframt reglene var bindende og tilstrekkelig klare og tilgjengelige (avsnitt 45).

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Avsnittene 46-57.

det, til tross for at generaladvokaten anvendte læren om tvingende allmenne hensyn på begge disse ytelsene i sin innstilling.¹⁹⁷ Dette kan tolkes slik at domstolen mente TFEU art. 56 (og følgelig EØS-avtalens art. 36) ikke kom til anvendelse for inkluderingen av ytelsene i minstelønnen. Grunnen til dette kan imidlertid ha vært at domstolen anså ytelsene som «[a]llowances specific to the posting» etter art. 3 nr. 7 annet ledd, og at det følger eksplisitt av direktivet at slike ytelser skal regnes som elementer i minstelønnen.¹⁹⁸ Med andre ord kan inkluderingen av disse være totalharmonisert av direktivet.¹⁹⁹ At tjenestefriheten her ikke ble nevnt, taler derfor ikke nødvendigvis for at ytelser som ikke faller innunder denne bestemmelsen, også er unntatt prøving etter art. 36.

Det er uansett interessant at EU-domstolen tilsynelatende unnlot å vurdere utsendingstillegget opp mot tjenestefriheten, selv om EFTA-domstolen tilrådet Høyesterett å foreta en slik prøvelse av en tilsvarende yttelse (utenbystillegget) i verftssaken. Det vil bli sagt mer om dette i neste underpunkt.

4.3.3 Verftssaken

I verftssaken var et av spørsmålene hvorvidt EØS-avtalens art. 36 kom til anvendelse for inkluderingen av utenbystillegget i de utsendte arbeidstakernes minstelønn. EFTA-domstolen tok i sin rådgivende uttalelse et tydelig standpunkt om at det var tilfelle. Domstolen uttalte at EØS-statene fritt kan definere innholdet i minstelønnsbegrepet, «under forutsetning av at det ikke er til hinder for tjenesteyting over landegrensene i EØS-området og er i samsvar med EØS-avtalen og generelle EØS-rettslige prinsipper». Dette omfattet i relasjon til den foreliggende saken EØS-avtalens art. 36. Domstolen sluttet fra dette at spørsmålet om utenbystillegget kunne inngå i minstelønnen, måtte «prøves etter direktivet lest i lys av EØS-avtalen artikkel 36 og, der det er relevant, også etter sistnevnte bestemmelse alene».²⁰⁰ Nedenfor konstaterte domstolen at minstelønnsbestemmelser som utgjør en restriksjon etter art. 36, kan rettferdiggjøres etter læren om tvingende allmenne hensyn.²⁰¹

EFTA-domstolen kom deretter til at utenbystillegget utgjorde en restriksjon, og oppfordret den nasjonale domstolen til å foreta vurderingen etter læren om tvingende allmenne hensyn.²⁰²

¹⁹⁷ Generaladvokatens innstilling i Sähköalojen (avsnitt 92 flg.).

¹⁹⁸ Case C-396/13 (avsnittene 49 og 56).

¹⁹⁹ Avsnitt 33, sett i lys av avsnittene 31-32, kan underbygge dette.

²⁰⁰ Sak E-2/11 (avsnitt 70).

²⁰¹ Avsnitt 80.

²⁰² Avsnittene 79 og 88.

Høyesterett uttrykte imidlertid betydelig tvil om EFTA-domstolens oppfatning i sin dom i saken. Etter Høyesteretts syn var det «vanskelig å forene EFTA-domstolens syn om at det også må skje en prøving etter artikkel 36 med EU-domstolens praksis og direktivets formål».²⁰³ Retten uttalte også at «mye [kan] tale for at ytelser som er minstelønn i direktivets forstand, ikke også skal prøves etter EØS-avtalen artikkel 36». Retten fant imidlertid ikke grunn til å ta «endelig stilling» til dette spørsmålet, da den fant det klart at tillegget for overnatting utenfor hjemmet var forenlig med EØS-avtalens art. 36.²⁰⁴ Uttalelsene ligger altså ikke til grunn for resultatet i saken, og må dermed anses som obiter dicta.

Høyesterett synes å gi uttrykk for en forholdsvis tydelig overbevisning om at EØS-avtalen art. 36 ikke har anvendelse i tillegg til direktivet for fastsettelsen av minstelønn. Dette framgår av ordbruk som «vanskelig å forene» og «mye [kan] tale for» (mine uthevninger). I denne retning peker også rettens konklusjon om at den ikke vil ta «endelig stilling» (min uthevning) i spørsmålet, da dette kan oppfattes som at retten har gått langt i retning av å ta stilling. Selv om utsagnene er gitt i et obiter dictum, synes de altså å være uttrykk for en forholdsvis klar oppfatning fra Norges høyeste domstol. De må på den bakgrunn i det minste tillegges en viss vekt etter norsk rettskildelære.²⁰⁵

Det formålet med direktivet som Høyesterett viser til, er å sikre en «samordning av en grunnsamme av ufravikelige regler om minimumsvern». Retten slutter fra formålet at dersom art. 36 skulle ha selvstendig anvendelse for den nasjonale minstelønnsfastsettelsen, ville lite være vunnet ved direktivet.²⁰⁶ Før utsendingsdirektivet trådte i kraft, fulgte det av EU-domstolens praksis at fellesskapsretten ikke utelukket en mottakerstat fra å gjøre sine minstelønnsbestemmelser gjeldende for arbeidstakere som var utsendt i forbindelse med tjenesteyting over landegrensene. Men i så fall kom tjenestereguleringene – inkludert restriksjonsforbudet – til anvendelse, og dermed også læren om tvingende allmenne hensyn.²⁰⁷ Dersom art. 36 har anvendelse for minstelønnsfastsettelsen i medhold av direktivet, kan altså art. 3 nr. 1 c synes i liten grad å innebære et styrket vern for arbeidstakere sammenliknet med rettstilstanden uten direktivet. Det er dette Høyesterett ser ut til å poengtere.

Som påpekt av Barnard er det imidlertid en betydningsfull forskjell at direktivet pålegger mottakerstaten å gjøre sine minstelønnsbestemmelser gjeldende i den grad de foreligger.²⁰⁸ Det var som nevnt ikke påkrevd før direktivet trådte i kraft. Etter omstendighetene vil dette kunne

²⁰³ Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 100).

²⁰⁴ Avsnitt 103.

²⁰⁵ Eckhoff (2001) s. 172.

²⁰⁶ Avsnitt 99. Utsendingsdirektivets forale pkt. 13 og 14.

²⁰⁷ Se for eksempel Case C-272/94 (avsnittene 12-13).

²⁰⁸ Barnard (2012) s. 218.

innebære gunstigere lønnsbetingelser – og dermed et sterkere vern generelt – for utsendte arbeidstakere enn uten direktivet.

Høyesterett legger videre betydelig vekt på at oppregningen av arbeids- og lønnsvilkår i art. 3 nr. 1 i henhold til EU-domstolens praksis skal regnes for å være «uttømmende». Retten henviser bla. til Luxembourg: «Article 3(1) sets out an exhaustive list of the matters in respect of which the Member States may give priority to the rules in force in the host Member State»²⁰⁹. Høyesterett kan ha tolket dette slik at art. 3 nr. 1 innebærer en totalharmonisering på sitt område, slik at det ikke gjenstår noe rom for EØS-avtalens art. 36 til å regulere innholdet i bestemmelsene om lønns- og arbeidsvilkår. Men dette er ikke en nødvendig forståelse av at oppregningen er uttømmende. Selv om hvilke *typer* vilkår i nasjonal rett som skal gis anvendelse for utsendte arbeidstakere, er uttømmende angitt i art. 3 nr. 1, utelukker ikke dette nødvendigvis at art. 36 kommer til anvendelse for Norges fastsettelse av *innholdet* i bestemmelsene om slike vilkår. I tråd med Barnards metafor er det med andre ord ikke utelukket at art. 36 får anvendelse på de nasjonale reglene «i smultringhullet».²¹⁰

For videre å underbygge sitt syn, viste Høyesterett til EU-domstolens avgjørelse i Vanacker & Lasage som angikk direktivet av 1975 om håndtering av spillolje.²¹¹ I den danske språkversjonen av dommen er det uttalt at:

[...] da spørsmålet om innsamling af olieaffald er reguleret på fællesskabsplan ved direktivet, skal alle relevante nationale foranstaltninger bedømmes i henhold til direktivets bestemmelser og ikke på grundlag af traktatens artikkel 30 og 36.

Dette kan leses slik at spørsmålet – i kraft av reguleringen i direktivet – var blitt gjenstand for en totalharmonisering, slik at det ikke var rom for anvendelse av traktatbestemmelser som berørte samme spørsmål.

Den danske språkversjonen av dette avsnittet mangler imidlertid noen ord som er å finne i øvrige språkversjoner.²¹² I for eksempel den engelske språkversjonen er det, etter ordet «regulated», føyd til «in a harmonized manner». Denne utelatelsen i den danske oversettelsen medfører en ikke uvesentlig betydningsforskjell i forhold til de andre språkversjonene, da den impliserer at ikke alle direktivbestemmelser medfører en totalharmonisering. For utsendingsdirektivets vedkommende er det ikke uttalt noe sted i EU-domstolens praksis at innholdet i begrepet minstelønn er regulert på harmonisert vis. Det er tvert i mot uttalt flere steder at direktivet

²⁰⁹ Case C-319/06 (avsnitt 26).

²¹⁰ Ovenfor i 4.3.1.

²¹¹ Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 101). Case C-37/92 (avsnitt 9). Cdir 75/439/EEC.

²¹² Baudenbacher (2013) s. 527.

ikke harmoniserer det materielle innholdet i nasjonale minstelønnsbestemmelser.²¹³ Om en av de andre språkversjonene hadde blitt lagt til grunn, kunne det siterte avsnittet altså vanskelig underbygge Høyesteretts oppfatning.²¹⁴

Det kan også virke som en svakhet i Høyesteretts argumentasjon at de ovennevnte uttalelsene i Laval²¹⁵ ikke nevnes, til tross for at EFTA-domstolen viste til dem i sin rådgivende uttalelse.²¹⁶ Uttalelsene kan som påpekt tolkes slik at innholdet i minstelønnsbestemmelser som mottakerstaten fastsetter, må vurderes opp mot tjenestefriheten. Ettersom Høyesterett hevder at det er vanskelig å forene EFTA-domstolens syn med EU-domstolens praksis, kunne det virke naturlig at retten kommenterte disse uttalelsene.

Til slutt i sin begrunnelse viste Høyesterett til uttalelser fra flere EØS-staters regjeringer, ESA og EU-kommisjonen, som var avgitt i forbindelse med anmodningen om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen i saken (avsn. 102). Ifølge Høyesterett ble det i alle disse uttalelsene (bortsett fra i den islandske, hvor spørsmålet ikke var direkte besvart) argumentert for at det ikke var rom for noen selvstendig anvendelse av art. 36 ved siden av direktivet for minstelønnsfastsettelsen. Retten siterer kommisjonens uttalelse, hvor det ble uttalt at «there is no room for a separate evaluation [sic] of the compatibility of those provisions with Article 36 EEA». Det er ikke uten interesse at Høyesteretts syn deles av andre myndighetsorganer. Særlig kan ikke oppfatningen til et uavhengig kontrollorgan som ESA betraktes som irrelevant. Uttalelsene må likevel anses å ha mindre vekt enn uttalelser fra EU-domstolen og EFTA-domstolen på feltet.

Som påpekt ovenfor i 4.3.2 kom EU-domstolen i Sähköalojen til at en ytelse som tilsvarte utenbystillegget i verftssaken, var å regne som minstelønn i direktivets forstand – uten at restriksjonsforbudet i det hele tatt ble nevnt. Dette taler for at Høyesteretts syn i det minste er korrekt når det gjelder denne typen ytelse.

4.3.4 Andre argumenter

Generaladvokat Wahl er i sin innstilling i Sähköalojen klart av den oppfatning at restriksjonsforbudet og de tilhørende unntaksreglene har anvendelse for mottakerstatens fastsettelse av minstelønn. Herunder konstaterer han at «The content of mandatory rules concerning minimum protection for the purposes of Article 3(1)(c) [...] must also respect Article 56

²¹³ Case C-341/05 (avsnitt 60). Tilsvarende Case C-522/12 (avsnitt 35) og Case C-396/13 (avsnitt 31) mfl.

²¹⁴ Høyesteretts rettsanvendelse på dette punktet (i tillegg til i verftssaken for øvrig) er blitt skarpt kritisert av EFTA-domstolens formann, Carl Baudenbacher (som også er en av forfatterne av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i verftssaken) (Baudenbacher (2013) s. 525-529).

²¹⁵ Case C-341/05 (avsnittene 57 og 60).

²¹⁶ Sak E-2/11 (avsnittene 31 og 68).

TFEU”.²¹⁷ Han uttaler videre at restriktive minstelønnsbestemmelser kan være begrunnet i tvingende allmenne hensyn.²¹⁸

Barnard gir uttrykk for et noe mer nyansert syn. Som utgangspunkt legger hun til grunn at «the content» i nasjonale minstelønnsbestemmelser er underlagt prøvelse etter art. 36. Hun sammenlikner direktivets art. 3 nr. 1 bokstav c med en smultring: Deigen utgjør en harmonisert sone, hvor det som er harmonisert er at mottakerstatens minstelønnsbestemmelser gjelder. Smultringhullet omfatter innholdet av mottakerstatens minstelønnsbestemmelser. Dette området er ikke harmonisert, så her har art. 36 følgelig anvendelse.²¹⁹

Barnard problematiserer imidlertid hva som nærmere bestemt er omfattet av «the content». På den ene siden anser hun det som klart at diskriminerende minstelønnsbestemmelser (som pålegger utsendingsforetak en høyere minstelønn enn nasjonale virksomheter) faller innunder dette. På den annen side anser hun det som mer problematisk om inkluderingen av enhver ytelse i minstelønnsdefinisjonen må prøves etter art. 36. Dette karakteriserer hun som nært opptil å hevde at eksistensen av en nasjonal minstelønnsytelse i utgangspunktet utgjør en restriksjon. Hun tar derimot til orde for at visse ytelser som det er mindre vanlig å anse som lønn i tradisjonell forstand, bør være underlagt prøving.²²⁰

I forlengelsen av dette kan det presenteres et ytterligere argument mot at minstelønnsbestemmelser må prøves etter art. 36 i samme utstrekning som før ikrafttreddelsen av utsendingsdirektivet. Som det har framgått, er det fastsatt i art. 3 nr. 1 at det er mottakerstatens minstelønnsvilkår som skal gjelde for utsendte arbeidstakere. Dersom innholdet i mottakerstatens minstelønnsbestemmelser fullt ut er gjenstand for en prøvelse etter art. 36 og læren om tvingende allmenne hensyn, kan resultatet likevel ofte antas å bli at hjemstatens minstelønnsbetingelser får anvendelse isteden. Dette vil i så fall i betydelig utstrekning kunne gjøre den nevnte lovvalsregelen i art. 3 nr. 1 uvirksom.²²¹ Dette vil kunne avhjelpes ved å legge til grunn at minstelønnsbetingelser som kun utgjør mindre restriksjoner på tjenestefriheten, er begrunnet i allmenne hensyn, uten at det er nødvendig å foreta en selvstendig vurdering av dette. En slik vurdering vil dermed kun måtte foretas for minstelønnsbestemmelser som utgjør mer betydelige restriksjoner på tjenestefriheten.

²¹⁷ Generaladvokatens innstilling i Sähköalojen (avsnitt 92, med henvisning til EFTA-domstolens uttalelse i verftssaken, E-2/11 (avsnitt 72 flg.)).

²¹⁸ Avsnitt 96.

²¹⁹ Barnard (2014) s. 17-18.

²²⁰ Barnard (2014) s. 19. Nedenfor i 4.4.3.

²²¹ Høyesterett kan forstås i samme retning (Rt. 2013 s. 258, avsnitt 99).

En fordel med denne tilnærmingen er at den kan betraktes som lojal overfor EU-lovgivernes valg om å gi mottakerstatens minstelønnsregler anvendelse. Den kan sies å bygge på en tiltro til at lovgiverne har vurdert det som forsvarlig i lys av tjenestefriheten at lovvalgsregelen har virkning i normale tilfeller.²²² En ulempe med tilnærmingen er at den ikke klargjør nøyaktig hvor terskelen ligger for at vilkårene etter læren om tvingende allmenne hensyn kommer til anvendelse. Grensene måtte eventuelt trekkes i framtidig rettspraksis.

EU-domstolens praksis kan gi visse indikasjoner på at denne tilnærmingen er brukt. Når det for eksempel i Sähköalojen ble uttalt at direktivet «read in the light of» TFEU art. 56, ikke var til hinder for minstelønnsbestemmelser av den aktuelle typen, kan dette forstås som at bestemmelsene på bakgrunn av direktivet ble ansett tillatelige uansett om de innebar restriksjoner.²²³

4.3.5 Oppsummering

På bakgrunn av argumentene som er gjennomgått, synes det å være mest som taler for at art. 36, i alle fall i en viss utstrekning, har anvendelse i tillegg til direktivet for hva som kan utgjøre minstelønn for utsendte arbeidstakere i Norge. Anvendelsesområdet befinner seg innenfor det «smultringhullet» hvor direktivet overlater definisjonen til nasjonal rett og/eller praksis. Særlig synes uttalelser av EU-domstolen, som i Laval, Isbir og Sähköalojen, å tale for dette.

I intern norsk rett kan situasjonen virke noe mer usikker, ettersom Høyesterett i verftssaken argumenterte for det motsatte synet, for så å unnlate å ta endelig stiling. Skulle Høyesterett i framtiden konkludere med at art. 36 ikke har anvendelse for minstelønnsfastsettelsen, kan det, på bakgrunn av det foregående, antas å ville foreligge motstrid mellom intern norsk rett og EØS-retten.

En konsekvens av konklusjonen er at det kan virke mer uvisst i hvor stor grad utsendingsdirektivet skaper et vern for utsendte arbeidstakers lønnsvilkår. Videre gir prinsippene som kan begrunne unntak fra restriksjonsforbudet i art. 36, anvisning på flere skjønnspregede vurderinger. At de skal anvendes på utformingen av nasjonale minstelønnsbestemmelser, kan derfor være egnet til å skape uklarhet om hvilke grenser som nærmere bestemt gjelder.

EU-domstolens praksis, især Sähköalojen, åpner på den annen side for at begrensningene som følger av art. 36, ikke er så inngripende på dette punktet som det EFTA-domstolen i verftssaken og generaladvokaten i Sähköalojen tar til orde for. I praksisen som er gjennomgått, er det ingen eksempler på at domstolen konstaterte at en minstelønnsytelse utgjorde en restriksjon og deretter foretok en test etter læren om tvingende allmenne hensyn.

²²² Sammenlikn Barnard (2014) s. 12.

²²³ Case C-396/13 (avsnitt 45). Ytterligere eksempler i Barnard (2014) s. 12.

Rekkevidden av begrensningene som følger av art. 36 (forutsatt at den kommer til anvendelse), vil undersøkes nærmere i neste del.

4.4 Begrensningene etter art. 36.

Problemstillingen i denne delen er hvilke grenser som følger av EØS-avtalens art. 36 og læren om tvingende allmenne hensyn for hva som kan utgjøre minstelønn for utsendte arbeidstakere i Norge.

Anvendelsen av læren om tvingende allmenne hensyn forutsetter som nevnt at minstelønnsbestemmelsene ikke er diskriminerende, noe som vil være tilfelle dersom de har ulik anvendelse for innenlandske virksomheter og utenlandske tjenesteytere som har utsendt arbeidstakere til norsk territorium.²²⁴

4.4.1 Restriksjonsbegrepet

Som nevnt ovenfor skal et tiltak i henhold til EU-domstolens praksis regnes som en restriksjon på friheten til å yte tjenester, dersom det gjør tjenesteytelse over landegrensene i EØS vanskeligere eller mindre fordelaktig.²²⁵ Det framgår at terskelen ikke ligger særlig høyt. Det stilles ikke krav til graden av negativ virkning på tjenesteytelsen. Det er tilstrekkelig at tiltaket i det hele tatt gjør ytelsen vanskeligere eller mindre interessant.

I henhold til denne definisjonen må enhver gjeldende minstelønnsbestemmelse i mottakerstaten som har anvendelse for utsendte arbeidstakere, og som er mer byrdefull for utsendingsforetaket enn de minstelønnsvilkårene det ellers ville være forpliktet til å oppfylle, i utgangspunktet anses som en restriksjon på tjenestefriheten. Anvendelsen av den må i så fall begrunnes i tvingende allmenne hensyn for å opprettholdes.

Som det har framgått, kan det imidlertid se ut til at EU-domstolen ikke har fulgt denne retningslinjen fast i sin rettspraksis om minstelønn etter utsendingsdirektivet. Når domstolen i Sähköalojen kom til at direktivet «read in the light of» den frie bevegelse for tjenester ikke var til hinder for beregning av minstelønnen etter time og/eller akkord eller etter ulike lønnsklasser, åpner som nevnt for den tolkningen at domstolen ikke anså slike beregningsmåter for å ha noen restriktiv virkning.²²⁶ Det var i så fall til tross for at domstolens godkjennelse åpnet for at arbeidstakerne ville bli betalt et høyere beløp i minstelønn enn det de ellers ville mottatt

²²⁴ Ovenfor i 3.1.3.

²²⁵ Ovenfor i 3.1.2.

²²⁶ Case C-396/13 (avsnitt 45). Ovenfor i 4.3.2.

(som tilsvarte timesatsen for den laveste lønnsklassen).²²⁷ Dette synes å måtte innebære at utsendingsforetakets tjenesteytelse ville bli mindre fordelaktig.

Som gjennomgangen har vist,²²⁸ framgår det heller ikke at EU-domstolen anså noen av ytelsene i Isbir som restriksjoner.

At domstolen aksepterte utsendingstillegget og reisetillegget som elementer i minstelønnen, uten at det ble vist til restriksjonsforbudet, kan det som nevnt være mest nærliggende å forstå som uttrykk for at inkluderingen av ytelsene ble ansett å være totalharmonisert etter art. 3 nr. 7 annet ledd.²²⁹ EFTA-domstolens standpunkt om at utenbystillegget klart utgjorde en restriksjon som måtte prøves etter læren om tvingende allmenne hensyn, synes i alle fall å være tilbakevist på bakgrunn av Sähköalojen.²³⁰

På denne bakgrunn kan det virke noe uklart hva som kreves for at en minstelønnsbestemmelse skal anses som en restriksjon. EU-domstolens bedømmelser, særlig i Sähköalojen, kan imidlertid indikere at restriksjonsbegrepet på dette området er mindre omfattende enn det EFTA-domstolen la til grunn i verftssaken.²³¹

Det kan tilføyes at mottakerstaten som påpekt ikke har noen plikt etter utsendingsdirektivet til å ha bestemmelser om minstelønn.²³² Mottakerstaten har altså mulighet til å unngå hele restriksjonsvurderingen ved ikke å operere med minstelønnsbestemmelser i nasjonal rett.

4.4.2 Allmenne hensyn

Om en minstelønnsbestemmelse medfører en restriksjon, kan dette likevel rettferdiggjøres dersom vilkårene i læren om tvingende allmenne hensyn foreligger.

For det første må formålet med bestemmelsen være begrunnet i (et eller flere) tvingende allmenne hensyn.²³³ Hva som er formålet med en bestemmelse, skal avgjøres etter en objektiv vurdering. Det vil si at det ikke trenger å være avgjørende hva lovgiver har oppgitt som regelens formål, for eksempel i forarbeider eller formålsbestemmelser. Det som er utslagsgivende, er hvorvidt reglene objektivt sett fremmer et formål som er begrunnet i relevante hensyn.²³⁴

²²⁷ Generaladvokatens innstilling i Sähköalojen (avsnitt 79-80).

²²⁸ Ovenfor i 4.3.2.

²²⁹ Ovenfor i 4.3.2.

²³⁰ Sak E-2/11 (avsnitt 79).

²³¹ Eller at terskelen for prøving etter læren om tvingende allmenne hensyn er høyere, se ovenfor i 4.3.4.

²³² Ovenfor i 3.1.4.

²³³ Sak E-2/11 (avsnitt 80). Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 105).

²³⁴ Joined cases C-49/98 mfl. (avsnittene 37-41). Arnesen og Foyn i Sejersted mfl. (2011) s. 449.

Det følger av EU-domstolens praksis at sosial beskyttelse av arbeidstakere kan være et tvingende allment hensyn.²³⁵ I verftssaken var det spørsmål om utenbystillegget fremmet de utsendte arbeidstakernes sosiale trygghet. Det berodde på om tiltaket utfra en objektiv vurdering ga arbeidstakerne en «egentlig fordel» som «i vesentlig grad» økte deres sosiale trygghet. Høyesterett kom til at det var tilfelle.²³⁶ Dette ble for det første begrunnet med uttalelser i allmenngjøringslovens forarbeider som ble forstått slik at et formål med loven var å sikre utenlandske arbeidstakere sosial beskyttelse, og at vern av deres lønns- og arbeidsvilkår var et av de fremste tiltak for å oppnå dette.²³⁷ For det andre ble det vist til opplysninger som tydet på at et stort antall av de utsendte arbeidstakerne faktisk mottok utenbystillegg. Dette underbygget at tillegget ikke hadde ført til at behovet for arbeidskraften var opphørt.²³⁸

Et spørsmål som oppsto i denne forbindelse, var hvorvidt det kan være tilfelle at arbeidstakernes trygghet objektivt sett fremmes av et tiltak som kan gjøre de reelle mulighetene til å få arbeid klart mindre. Det var anført fra arbeidsgiversiden at utenbystillegget kunne føre til at de utenlandske foretakene ble priset ut av markedet, og at tillegget i så fall ikke kunne sies å gi arbeidstakerne noen egentlig fordel. EFTA-domstolen sluttet seg til dette.²³⁹

Høyesterett var uenig i denne betraktningen. Den anså det som selvsagt at «slike tillegg ikke mister sin karakter av objektiv fordel for arbeidstakeren selv om fordyrelsen gir risiko for redusert etterspørsel etter tjenesten». Retten antok at ytelser til beskyttelse av arbeidstakere alltid ville innebære en risiko for svekket arbeidsmarked som følge av fordyrelse.²⁴⁰

Til støtte for sitt syn viste Høyesterett til en uttalelse av EU-domstolen i Wolff & Müller.²⁴¹ En tysk lovbestemmelse innebar at mottakerforetaket heftet som kausjonist for utsendingsforetakets forpliktelser til å betale minstelønn til sine utsendte arbeidstakere. Det var anført at dette merkbart kunne redusere de utenlandske arbeidstakernes muligheter til å få arbeid i Tyskland, slik at det ikke kunne anses å tilføre arbeidstakerne en egentlig fordel. Domstolen konstaterte likevel at bestemmelsen objektivt sett fremmet beskyttelsen av arbeidstakerne, fordi den ga dem en ekstra skyldner å forholde seg til.

²³⁵ Case C-515/08 (avsnittene 45-47, med videre henvisninger). Lagt til grunn i verftssaken av EFTA-domstolen (E-2/11, avsnitt 81) og Høyesterett (Rt. 2013 s. 258, avsnitt 106).

²³⁶ Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 107).

²³⁷ Avsnitt 108.

²³⁸ Avsnittene 111-112.

²³⁹ Sak E-2/11 (avsnitt 85). Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 110).

²⁴⁰ Avsnitt 115.

²⁴¹ Avsnitt 113. Case C-60/03 (avsnitt 40).

Det er også mulig at andre allmenne hensyn kan begrunne minstelønnsbestemmelser. Et mulig eksempel er hensynet til å motvirke sosial dumping. I Laval konstaterte domstolen at retten til å gå til arbeidskamp for å beskytte mottakerstatens arbeidstakere mot mulig sosial dumping, kunne utgjøre et allment hensyn.²⁴² Det kan på den bakgrunn tenkes at også innholdet i minstelønnsbestemmelser kan være begrunnet utfra formålet om å hindre sosial dumping.²⁴³ Et beslektet hensyn som kan overlappe med det sistnevnte, er hensynet til å motvirke urettferdig konkurranse.²⁴⁴ Dette hensynet er nevnt i utsendingsdirektivets fortale pkt. 5.²⁴⁵

På den annen side kan økonomiske hensyn, deriblant beskyttelse av innenlandske virksomheter, ikke begrunne restriksjoner.²⁴⁶ Begrunnelsen er at det ville stride mot målsetningen om et integrert marked dersom EØS-statene kunne begrense den frie bevegelse over landegrensene utfra egne økonomiske interesser.²⁴⁷

Det kan imidlertid være en flytende grense mellom økonomiske og ikke-økonomiske hensyn.²⁴⁸ Evju har hevdet at EU-domstolens praksis gir grunnlag for at ikke ethvert økonomisk relatert hensyn er irrelevant.²⁴⁹ Et eksempel på en slik type hensyn kan være motvirkning av urettferdig konkurranse, som nevnt ovenfor.

Dersom en minstelønnsbestemmelse objektivt sett fremmer det allmenne hensynet, vil dette generelt kunne antas å innebære at den også er egnet til å oppnå sitt formål. Dette er særlig klart hvis bestemmelsen er begrunnet i hensynet til beskyttelse av arbeidstakere: Dersom slike bestemmelser gir arbeidstakere en «egentlig fordel» som «i vesentlig grad» øker deres sosiale trygghet, er det vanskelig å tenke seg at den ikke er egnet til å oppnå formålet. Som eksempel tok verken EFTA-domstolen eller Høyesterett opp egnetheten som et selvstendig vilkår i verftssaken. De gikk isteden rett fra vurderingstemaet om hvorvidt bestemmelsene objektivt sett fremmet det allmenne hensynet, til proporsjonalitetskriteriet.

4.4.3 Proporsjonalitet

Dersom minstelønnsbestemmelsenes innhold er begrunnet i et relevant allment hensyn, og er egnet til å oppnå sitt formål, er spørsmålet om det er i overenstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet. Det vil si at det ikke må gå utover det som er nødvendig for å oppnå formålet.

²⁴² Case C-341/05 (avsnitt 103).

²⁴³ I den retning Karlsen (2011) s. 106-107.

²⁴⁴ Case C-60/03 (avsnitt 41). Karlsen (2011) s. 106-107.

²⁴⁵ Flere mulige hensyn omtales i Karlsen (2011) s. 106-107.

²⁴⁶ Sak E-2/11 (avsnitt 83). Case C-49/98 (avsnitt 39 med videre henvisninger). Arnesen og Foyn i Sejersted mfl. (2011) s. 448.

²⁴⁷ Rognstad i Sejersted mfl. (2011) s. 334.

²⁴⁸ Arnesen og Foyn i Sejersted mfl. (2011) s. 448.

²⁴⁹ Evju (2009) s. 264. Se også Karlsen (2011) s. 107.

Dette innebærer at formålet ikke må kunne nås med mindre inngripende tiltak.²⁵⁰ Det kunne for eksempel være mindre inngripende om færre lønnsytelser var allmenngjort, eller eventuelt om satsene var lavere. Det krever videre at minstelønnen står i forhold til oppnåelsen av målet. Når det for eksempel gjelder hensynet til utsendte arbeidstakers sosiale trygghet, må det foretas en sammenlikning mellom den økte sosiale beskyttelsen mottakerstatens minstelønnsbestemmelser gir de utsendte arbeidstakerne på den ene siden, og den ulempen bestemmelsene medfører for den frie tjenesteytelsen på den andre siden.²⁵¹

Det har aldri forekommet at EU-domstolen har underkjent minstelønnsbestemmelser fordi lønssatsene var for høye. Dette kan antyde at terskelen for å underkjenne en minstelønnsytelse etter art. 36, fordi den fastsetter et for høyt lønnsnivå, ligger høyere enn terskelen for å utelukke en ytelse fra definisjonen av minstelønn.²⁵² Problemstillingen er i hvilken grad nivået av minstelønnen kan være uproporsjonalt.

I Finalarte²⁵³ var det reist et tilsvarende spørsmål, nemlig hvorvidt tjenestefriheten medførte grenser for hvor mange betalte ferieuker per år som kunne gjøres gjeldende for utsendte arbeidstakere. Den nasjonale domstolen hadde framlagt spørsmål om dette ville være uproporsjonalt. EU-domstolen uttalte at det er opp til hver enkelt medlemsstat å fastsette lengden på ferie etter hva den anser som nødvendig utfra allmenne hensyn. Reglene om den frie bevegelighet for tjenester var derfor i prinsippet ikke til hinder for at det nivået som var fastsatt i Tyskland, fikk anvendelse for utsendte arbeidstakere.²⁵⁴ Dette kan tale for at mottakerstaten har en vid skjønnsmyndighet til å avgjøre hvilket minstelønnsnivå som er proporsjonalt.

I en klagesak mot Norge tilbakeviste ESA at utsendingsdirektivet setter grenser for minstelønnsnivået. Organet uttalte imidlertid ikke at grenser ikke kan tenkes å følge av EØS-avtalens art. 36.²⁵⁵

På den annen side er det nettopp minstelønnens nivå som særlig synes å kunne hindre fri tjenesteytelse over landegrensene. Jo høyere nivået er, desto mer byrdefull vil minstelønnen

²⁵⁰ Joined cases C-49/98 mfl. (avsnittene 49-51). Ovenfor i 3.1.3.

²⁵¹ Ibid.

²⁵² Karlsen og Evju antok at den var «meget høy», Karlsen (2011) s. 101-102.

²⁵³ Joined cases C-49/98 mfl.

²⁵⁴ Avsnitt 58. Domstolen trakk riktignok denne slutningen etter først å ha slått fast at arbeidstidsdirektivet (Cdir 93/104/EC) (i motsetning til utsendingsdirektivet) var et minimumsdirektiv som ikke hindret medlemsstatene i å fastsette et beskyttelsesnivå utover det som var angitt. At et direktiv sikrer en minimumsbeskyttelse, er imidlertid ikke til hinder for at traktatbestemmelser medfører et maksimumsnivå.

²⁵⁵ Sitert i Karlsen (2011) s. 101.

være for tjenesteytere i andre EØS-land. Dersom lønnsnivået er tilstrekkelig lavt, må det antas å ha mindre betydning for graden av tjenestefrihet hvilke elementer minstelønnen består av.²⁵⁶

Samtidig vil utelukkelsen av en ytelse fra minstelønnsdefinisjonen antakelig også redusere nivået, da det vil redusere antallet ytelser arbeidsgiveren er forpliktet til å betale. Slik vil altså en innskrenkning av minstelønnsdefinisjonen i medhold av art. 36, indirekte kunne medføre at nivået av minstelønn blir lavere. Dette kan i en viss grad svekke betydningen av hvorvidt nivået kan underkjennes.

Hvor vide rammer for minstelønnsnivået proporsjonalitetsprinsippet innebærer, synes etter dette å være usikkert. Imidlertid er det nok ikke grunnlag for å utelukke at minstelønnsbestemmelser kan være uforenlige med tjenestefriheten fordi de fastsetter et for høyt lønnsnivå.

Det kan videre stilles spørsmål om hvorvidt proporsjonaliteten av hver enkelt minstelønnsytelse skal vurderes separat, eller om det er minstelønnsytelsene samlet sett som skal vurderes. Vurderingen av en enkelt ytelse kan imidlertid henge sammen med omfanget av ytelsene totalt sett. Dersom det samlede lønnsnivået som følger av de øvrige lønnsbetingelsene, er tilstrekkelig høyt, kan en enkelt ytelse tenkes å være lite viktig for å ivareta arbeidstakerens sosiale trygghet. Den sosiale tryggheten vil da kunne antas å være tilstrekkelig ivaretatt allerede. På den annen side kan det å pålegge ytelsen i en slik situasjon, tenkes å være «tungen på vekt-skålen» som gjør inngrepet uforenlig med tjenestefriheten. Dersom det samlede lønnsnivået som følger av de øvrige ytelsene, derimot er tilstrekkelig lavt, kan en enkelt ytelse tenkes å ha stor betydning for arbeidstakeren, samtidig som påleggelsen av den i liten grad vil hindre den frie bevegelighet for tjenester. Proporsjonalitetsvurderingen for en enkelt ytelse synes altså å måtte få ulikt utfall avhengig av det totale omfanget av minstelønnsytelser.

Dersom de utsendte arbeidstakernes sosiale beskyttelse (og/eller andre hensyn som restriksjonen er begrunnet i), er tilstrekkelig ivaretatt ved hjemstatens minstelønnsbestemmelser, vil det ikke være i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet å gjøre mottakerstatens bestemmelser gjeldende.²⁵⁷ De utsendte arbeidstakerne må i så fall nøye seg med de lønnsbetingelsene utsendingsforetaket er bundet av i hjemstaten, slik det alminnelige utgangspunktet var før ikrafttredelsen av utsendingsdirektivet.²⁵⁸ Dette kan oppfattes å øke risikoen for sosial dumping, ved at det kan utgjøre en trussel mot nasjonale arbeidsplasser og lønnsvilkår. Om det legges til grunn at terskelen for brudd på art. 36 på dette feltet er høyere enn før utsendingsdirektivet trådte i kraft – noe EU-domstolens praksis som vist kan tyde på – kan denne situasjonen likevel antas å oppstå sjeldnere.

²⁵⁶ Administrative ulemper kommer imidlertid i tillegg, noe som kan medføre kostnader, se E-2/11 avsnitt 87.

²⁵⁷ Ovenfor i 3.1.3.

²⁵⁸ Som påpekt ovenfor i 4.3.3.

Det vil heller ikke være samsvar dersom formålet kan nås med tiltak som i mindre grad hindrer den frie bevegelighet for tjenester.²⁵⁹ Når det gjelder hensynet til sosial trygghet for arbeidstakere, kan det tenkes situasjoner hvor dette kan oppnås med mindre restriktive minstelønnsbestemmelser enn de gjeldende (enten ved at færre ytelser ble regnet som minstelønn, eller eventuelt ved at satsene ble senket). Dette ville innebære en reduksjon av utsendingsforetaks lønnsbyrde, som ville fremmet den frie bevegelighet for tjenester.

I verftssaken kom Høyesterett til at utenbystillegget ikke gikk «lenger enn nødvendig» for å sikre sosial beskyttelse for de utsendte arbeidstakerne. En «vesentlig faktor» i vurderingen var at tariffavtalens egne minstesatser var benyttet, og at det ikke var reist innsigelser mot disse. Retten erkjente at tillegget innebar økte kostnader for arbeidsgiverne, men la vekt på at det også førte til en «reell forbedring» for de utsendte arbeidstakerne.²⁶⁰

Det framkommer ikke klart om Høyesterett har veid byrden bestemmelsene påfører tjenesteyterne mot den økte sosiale beskyttelsen de tilfører arbeidstakerne. Det kan imidlertid ikke utelukkes at det ligger i formuleringen «ikke går lenger enn nødvendig», at dette er gjort. Baudenbacher kritiserte Høyesterett på dette punktet for ikke å ha foretatt en reell proporsjonalitetstest.²⁶¹

Dersom minstelønnsdefinisjonen inkluderer visse typer ytelser som det er mindre konvensjonelt å betrakte som lønn, vil det trolig være tilsvarende mindre nærliggende å anse proporsjonalitetskravet for oppfylt. Dette kan særlig antas å gjelde fordi slike ytelser normalt må antas å komme i tillegg til mer alminnelige lønnsytelser, og dermed vil påføre tjenesteyteren en økt lønnsbyrde. Kapitalbidraget i Isbir kan være et eksempel på en slik yttelse (selv om domstolen ikke utelukket den fra definisjonen på grunn av proporsjonalitetsprinsippet).²⁶² Ytelser som vanskeligere kan antas å være proporsjonale, kan for eksempel være sykkelønn, betaling under fødselspermisjon og erstatning for usaklig oppsigelse.²⁶³

4.4.4 Oppsummering

På denne bakgrunn foreligger det en betydelig grad av usikkerhet om nøyaktig hvor inngripende begrensningene etter art. 36 er for mottakerstatens frihet til å bestemme hva som kan utgjøre minstelønn for utsendte arbeidstakere. EU-domstolens praksis etterlater imidlertid et

²⁵⁹ Joined cases C-49/98 mfl. (avsnitt 51).

²⁶⁰ Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 116).

²⁶¹ Baudenbacher (2013) s. 525.

²⁶² Ovenfor i 4.2.5.

²⁶³ Sammenlikn Barnard (2013) s. 19.

inntrykk av at grensene ikke er like snevre som det som ble lagt til grunn av EFTA-domstolen i verftssaken og generaladvokaten i Sähköalojen.

5 Konklusjon

Gjennomgangen har vist at spørsmålet om hva som kan utgjøre minstelønn for utsendte arbeidstakere i Norge etter EØS-retten, er usikkert og komplisert. Flere ulike og motstridende tilnærminger og oppfatninger har gjort seg gjeldende. Rettstilstanden virker fortsatt uavklart på flere punkter.

Visse slutninger kan imidlertid trekkes. På bakgrunn av de EØS-rettslige kildene kan det legges til grunn at reglene om fri bevegelighet for tjenester i art. 36, i alle fall i en viss grad har anvendelse for Norges fastsettelse av minstelønn for utsendte arbeidstakere i Norge. Den kan i prinsippet innebære grenser både for nivået og for hvilke elementer som kan regnes som del av minstelønnen. På den annen side synes ikke begrensningene som følger av art. 36, på bakgrunn av EU-domstolens praksis, å være like inngripende som noen har hevdet. EU-domstolen kan generelt sies å ha vært tilbakeholden med å utelukke lønnslementer fra å kunne inngå i minstelønnsdefinisjonen, i hvert fall på grunnlag av tjenestefriheten direkte. Videre har den aldri underkjent nasjonale minstelønnsbestemmelser fordi de medførte et for høyt lønnsnivå.

Særlig i Sähköalojen må domstolen sies å ha valgt en linje som er klart mer egnet til å verne om arbeidstakeres vilkår enn både generaladvokatens tilnærming i saken og EFTA-domstolens oppfatninger i verftssaken. Ingen av de tilsvarende lønnsbetingelsene som var gjenstand for vurdering i verftssaken, ble i Sähköalojen funnet uforenlig med direktivet eller den frie bevegelighet for tjenester. Den klare hovedregelen om at definisjonen av minstelønn etter direktivets art. 3 følger av nasjonal rett og/eller praksis, står på denne bakgrunn fast.

Det kan videre konstateres at det ikke ser ut til å være grunnlag for å anse direktivet som utelukkende et instrument for å fremme den frie bevegelighet for tjenester. Direktivet bidrar også til å verne om minstelønnsvilkår. For eksempel har bestemmelsen i art. 3 nr. 7 annet ledd vist seg å ha en slik funksjon. Utfra antakelsen om at det er en høy terskel for å sensurere mottakerstatens minstelønnsbestemmelser på grunn av lønnsnivået, kan direktivet også antas å medføre at utsendte arbeidstakere i Norge ofte vil nyte gunstigere lønnsbetingelser enn det de ville gjort uten direktivet, ettersom lønnsvilkårene i Norge normalt vil være mer fordelaktige enn i arbeidstakernes hjemland.

I hvilken grad EØS-retten innebærer en økt risiko for sosial dumping og har en uheldig innvirkning på det norske arbeidsmarkedet generelt, kan ikke besvares utfra denne gjennom-

gangen av et begrenset tema. En rekke faktorer har innvirkning på dette i tillegg til minstelønnsbetingelser.

Avhandlingen gir imidlertid grunnlag for den slutning at EØS-rettslige regler etter dagens rettstilstand ikke i betydelig grad synes å sette grenser for hva som kan utgjøre minstelønn for utsendte arbeidstakere i Norge.

Litteraturliste

Juridisk teori

Alsos, Kristin og Line Eldring, Lovfestet minstelønn i Norge?, *Søkelys på arbeidslivet* 03/2014 (Idunn.no).

Barnard, Catherine, *EU Employment Law*, 4th edition, 2012.

Barnard, Catherine, Posting Matters, *Arbeidsrett* 01/2014 (Idunn.no).

Baudenbacher, Carl, EFTA-domstolen og dens samhandling med de norske domstolene, *Lov og Rett* 08/2013 (sitert fra Idunn.no).

Bårdsen, Arnfinn, Noen refleksjoner om Norges Høyesterett og EFTA-domstolen, *Lov og Rett* 08/2013 (sitert fra Idunn.no).

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, 2001.

Evju, Stein, Almengjøring på norsk, i *Arbeidsrett. Utvalgte artikler 2001–2010*, 2010.

Evju, Stein, Arbeidsrett i møte med Europa, *Kritisk Juss* 2009 (35) (<https://www.jus.uio.no/ifp/personer/vit/steinev/2009-kritjuss-ar-europa.pdf>, sist besøkt 16.04.2015).

Fougner, Jan, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave*, 2. utgave, 2013 (Kommentarutgaver.no).

Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, 2. opplag, 2007.

Karlsen, Joakim Augeli og Stein Evju, Tarifflike vilkår som EØS-rettslig restriksjon ILO-konvensjon nr. 94 og tjenestefriheten i EU/EØS, i *Arbeidsrett og arbeidsliv*, s. 1-128, bind 6, 2011 (<http://narf.imaker.no/sfiles/18/2/file/bind-6-1-2-karlsen-evju.pdf>, sist besøkt 11.04.2015).

Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Sten Foyn, Olav Kolstad m.fl., *EØS-rett*, 3. utgave, 2011.

Thorkildsen, Tarjei og Tor Olav Carlsen, Om begrepet «sosial dumping», *Arbeidsrett* 02/2014 (Idunn.no).

Lov og forarbeidsregister

Forvaltningsloven, Lov 10 februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

EØS-loven, Lov 27 november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv.

Allmenngjøringsloven, Lov 4 juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler mv.

Arbeidsmiljøloven, Lov 17 juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Utsendingsforskriften, Forskrift 16 desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere.

Forskrift 27 november 2014 nr. 1481 om allmengjøring av tariffavtale for jordbruks- og gartnerinæringene.

Forskrift 27 november 2014 nr. 1482 om allmengjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge.

Forskrift 27 november 2014 nr. 1483 om allmengjøring av tariffavtale for renholdsbedrifter.

Forskrift 27 november 2014 nr. 1805 om allmengjøring av tariffavtale for fiskeindustribedrifter.

Forskrift 27 november 2014 nr. 1829 om delvis allmenngjøring av Industrioverenskomsten/VO-delen for skips- og verftsindustrien.

Forskrift 3 februar 2015 om delvis allmenngjøring av Landsoverenskomsten for elektrofagene (<https://www.regjeringen.no/nb/dep/asd/org/nemnder-styrer-rad-og-utvalg/permanente-nemnder-rad-og-utvalg/tariffnemnda/vedtak/2015/protokoll-22015/id2399946/>, sist besøkt 08.04.2014).

Ot.Prp.nr.26 (1992-1993), Om lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.

Ot.prp.nr.13 (1999-2000), Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) og lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven).

Ot.prp.nr.88 (2008-2009), Om lov om endringer i allmenngjøringsloven m.m. (solidaransvar mv.)

Den europeiske menneskerettskonvensjon, Europarådets konvensjon 4 november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter.

The treaty establishing the European community, 25 mars 1957, (http://www.cvce.eu/obj/treaty_establishing_the_european_economic_community_rome_25_march_1957-en-cca6ba28-0bf3-4ce6-8a76-6b0b3252696e.html sist besøkt 13.04.2015).

Den europeiske sosialpakt av 1961, revidert 3 mai 1996 (sitert fra <https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/ESCRBooklet/Norwegian.pdf>, sist besøkt 12.04.2015).

EU-traktaten, Treaty on European Union, 7. februar 1992.

ODA, Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol, 2. mai 1992.

EØS-avtalen, Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 1. januar 1994.

TFEU, Treaty on the Functioning of the European Union (consolidated version), 13. desember 2007 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>, sist besøkt 08.04.2015).

Cdir 75/439/EEC, Council Directive 75/439/EEC of 16 june 1975 on the disposal of waste oils (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1428528172884&uri=CELEX:31975L0439>, sist besøkt 08.04.2015).

Cdir 93/104/EC, Council Directive 93/104/EC of 23 November 1993 concerning certain aspects of the organization of working time (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1429207786883&uri=CELEX:31993L0104>, sist besøkt 16.04.2015).

EP/Cdir 96/71/EC, Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1427933248855&uri=CELEX:31996L0071>, sist besøkt 08.04.2015).

EP/Cdir 2008/104/EC, Directive 2008/104/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1427933248855&uri=CELEX:31996L0071>, sist besøkt 08.04.2015).

[content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0104&qid=1429016389611&from=DA](#), sist besøkt 14.04.2015).

Domsregister

Rt. 2011 s. 1811, Finanger I.

Rt. 2013 s. 258, verftssaken.

Case C-37/92, Criminal proceedings against José Vanacker and André Lesage and SA Baudoux combustibles, EU:C:1993:836 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1428524392319&uri=CELEX:61992CJ0037>, sist besøkt 08.04.2015).

Case C-272/94, Criminal proceedings against Michel Guiot, EU:C:1996:147 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1428524612986&uri=CELEX:61994CJ0272>, sist besøkt 08.04.2015).

Joined cases C-49/98, C-50/98, C-52/98, C-53/98 C-54/98, C-68/98, C-69/98, C-70/98 and C-71/98, Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda (C-49/98), Portugaia Construções Lda (C-70/98) and Engil Sociedade de Construção Civil SA (C-71/98) v Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft and Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft v Amilcar Oliveira Rocha (C-50/98), Tudor Stone Ltd (C-52/98), Tecnamb-Tecnologia do Ambiente Lda (C-53/98), Turiprata Construções Civil Lda (C-54/98), Duarte dos Santos Sousa (C-68/98) and Santos & Kewitz Construções Lda (C-69/98) (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1428760507016&uri=CELEX:61998CJ0049>, sist besøkt 16.04.2015).

Case C-341/02, Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany, EU:C:2005:220 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1426769054563&uri=CELEX:62002CJ0341>, sist besøkt 08.04.2015).

Case C-60/03, Wolff & Müller GmbH & Co. KG v. José Filipe Pereira Félix, EU:C:2004:610 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1428525144933&uri=CELEX:62003CJ0060>, sist besøkt 08.04.2015).

Case C-341/05, Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avd.1, Byggettan & Svenska Elektrikerförbundet, EU:C:2007:809 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1428525285321&uri=CELEX:62005CJ0341>, sist besøkt 08.04.2015).

Case C-319/06, Commission v. Luxembourg, EU:C:2008:350 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1427411304506&uri=CELEX:62006CJ0319>, sist besøkt 08.04.2015).

Case C-515/08 Criminal proceedings against Vítor Manuel dos Santos Palhota and Others, EU:C:2010:589 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1427797571888&uri=CELEX:62008CJ0515>, sist besøkt 08.04.2015).

Case C-522/12, Tevfik Isbir v. DB Services, EU:C:2013:711 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1427406245146&uri=CELEX:62012CJ0522>, sist besøkt 08.04.2015).

Case C-396/13, Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa Spółka Akcyjna (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1428261072052&uri=CELEX:62013CJ0396>, sist besøkt 08.04.2015).

Sak E-2/11 STX Norway mfl. mot Staten v/Tariffnemnda avsagt 23. Januar 2012 (Lovdata.no).

Andre kilder

Generaladvokatens innstilling i Sähköalojen, Opinion of Mr Advocate General Wahl delivered on 18 September 2014 in Sähköalojen ammattiliitto ry v Elektrobudowa Spółka Akcyjna (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62013CC0396>, sist besøkt 08.04.2015).

NOU 2012:2, Utenfor og innenfor (<https://www.regjeringen.no/contentassets/5d3982d042a2472eb1b20639cd8b2341/no/pdfs/nu201220120002000dddpdfs.pdf>, sist besøkt 16.04.2015).

Protokoll 4/2014, Tariffnemndas vedtak 27. november 2014 om delvis allmenngjøring av industrioverenskomsten/VO-delen 2014-2016 (<https://www.regjeringen.no/nb/dep/asd/org/nemnder-styrer-rad-og-utvalg/permanente-nemnder-rad-og-utvalg/tariffnemnda/vedtak/2014/protokoll-42014/id2356513/>, sist besøkt 08.04.2015).

Tariffnemndas hjemmeside (<https://www.regjeringen.no/nb/dep/asd/org/nemnder-styrer-rad-og-utvalg/permanente-nemnder-rad-og-utvalg/tariffnemnda/vedtak/id540957/>, sist besøkt 17.04.2015).